



FACULDADE DE DIREITO

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DO PODER  
DISCIPLINAR NA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO**

**Ana Cristina Aguiar de Freitas Martins**

DISSERTAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

2018



**LISBOA**

---

UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DO PODER  
DISCIPLINAR NA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO**

**Ana Cristina Aguiar de Freitas Martins**

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA PROFESSORA DOUTORA ANA  
FERNANDA NEVES, ESPECIALMENTE ELABORADA PARA A  
OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO ADIMINISTRATIVO

2018

*À memória de meu pai*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Senhora Professora Doutora Ana Fernanda Neves pela disponibilidade e a incansável orientação e ajuda prestada na elaboração da presente dissertação.

Agradeço à minha mãe pelos incentivos contínuos e apoio inestimável ao longo do meu percurso académico.

Agradeço à minha irmã pelo amparo e motivação constantes.

## RESUMO

A dissertação constitui, essencialmente, um estudo sobre o poder disciplinar dos empregadores públicos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, com o objetivo de determinar se dispõe de discricionariedade no exercício do mesmo.

O recurso à discricionariedade administrativa habilita o intérprete-aplicador a pensar nas consequências jurídicas, na ponderação dos efeitos da decisão, na procura da solução justa e oportuna. Contudo, a busca da solução casuística ideal não pode deixar de garantir as exigências dos princípios constitucionais da proporcionalidade, igualdade e imparcialidade, vertidos na lei ordinária. A dissertação compreende, assim, uma primeira abordagem sobre a discricionariedade no âmbito do Direito Administrativo, teorizando o conceito e a sua relação de dependência com o princípio da legalidade. Mas porque a escolha no âmbito da discricionariedade tem de se adequar ao fim concreto a realizar na execução da lei específica, procurar-se-á perscrutar o poder disciplinar na sua razão de ser e no seu intento. Delimitadas as realidades que são o fundamento no nosso objeto de estudo, o terceiro percurso compreenderá a dinâmica do exercício do poder disciplinar numa análise normativa da configuração da discricionariedade. Com efeito, concluir-se-á que a discricionariedade acompanha o itinerário do exercício do poder disciplinar desde o momento da decisão de instauração do procedimento até à decisão final que culmina na aplicação ou não da sanção disciplinar. Não se trata apenas de uma discricionariedade substantiva com vista à Administração apreciar e avaliar a situação de facto e os interesses implicados, mas também de uma discricionariedade de meios que permite a Administração enveredar por um caminho que melhor garanta a finalidade do poder disciplinar.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Discricionariedade; Emprego Público; Poder Disciplinar.

## **ABSTRACT**

This dissertation is essentially a study of the current disciplinary power of public employers in the General Labour Law on Public Functions, in order to determine if has discretionary on its use.

The use of administrative discretionary enables the interpreter applicator to think about the legal consequences, in consideration of the effects of their decision, in the search for a just and a timely solution. However, the pursuit of an ideal solution is bound to ensure the requirements of the constitutional principles of proportionality, equality and impartiality, cast in the ordinary law. This dissertation thus understands a first approach to the discretionary under the Administrative Law, theorizing the concept and its dependent relationship with the principle of legality. After all, the choice within discretionary must suit the concrete mean to carry out the implementation of a specific law, it will be sought the disciplinary power in its reason of being and its intent. If the realities are delimited, which are the foundation of our object of study, the third route will understand the dynamics of the exercise of disciplinary power in a normative analysis of the configuration of discretionary. Indeed, it will conclude that discretionary accompanies the itinerary of disciplinary power since the time of the decision to initiate the procedure until the final decision culminating in the application or not of the disciplinary action. This is not only a substantial discretionary for the Administration to assess and evaluate the situation and the interests involved, but also of a discretionary means that allows the Administration to embark on a better path to guarantee the purpose of disciplinary power.

**Key words:** Administrative Law; Discretionary; Public Employment; Disciplinary Power.

## **ABREVIATURAS**

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPC – Código do Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

ED – Estatuto Disciplinar

EPE – Entidade Pública Empresarial

LPACAP – Ley Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LQER – Lei-Quadro das Entidades Reguladoras

LTFP – Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas

RJAEL – Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local

RJAL – Regime Jurídico das Autarquias Locais

RJSPE – Regime Jurídico do Sector Público Empresarial

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TC – Tribunal Constitucional

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## INTRODUÇÃO

### § 1 – Nota prévia

Quando se fala em Administração Pública, tem-se presente o conjunto das necessidades coletivas cuja satisfação é assumida através de serviços, entidades permanentes de atividades humanas, com vista à prossecução do interesse público <sup>1</sup>. Tais atividades devem ser desempenhadas com regularidade e continuidade, o que torna indispensável um determinado número de agentes delas encarregados. São eles que exteriorizam a vontade das pessoas coletivas e atuam no o sentido de assegurar a satisfação dos interesses coletivos.

Contudo, a obtenção desse objetivo ficaria defraudado se a conduta daqueles que integram a Administração não estivesse regulada por normas jurídicas que fixam o “modo de atuar” <sup>2</sup>. É neste sentido, de forma a manter a “harmonia e o adequado funcionamento por qualquer grupo minimamente organizado” <sup>3</sup> que se exige disciplina. Como já notava Marcello Caetano, “para que haja lugar à disciplina numa coletividade basta que se verifique a participação dos membros dela na prossecução de certo fim que eles tenham o dever especial de preencher ou, pelo menos, de não perturbar” <sup>4</sup>.

Quando se fala de disciplina na relação jurídica de emprego público, atende-se ao aspeto relacional e ao aspeto funcional-institucional <sup>5</sup>. Por um lado, exige-se uma “ordenação rigorosa das relações entre os componentes de um grupo devidamente

---

<sup>1</sup> Artigo 266.º n.º 1 da CRP.

<sup>2</sup> Cfr. Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1974, pp. 27-28.

<sup>3</sup> Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos (Fundamentos y regulación substantiva), 3.ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 27.

<sup>4</sup> Manual de Direito Administrativo, 6.º edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1963, p. 519.

<sup>5</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, Dissertação de Doutoramento Ciências Jurídicas-Políticas – O Direito Disciplinar da Função Pública, Volume I, Lisboa, 2007, p. 11.



organizado”<sup>6</sup>, pressupondo a “inserção de uma pessoa física numa instituição”<sup>7</sup>. Por outro, a disciplina implica uma intersubjetividade que resulta do facto de um lado haver um sujeito que pretende a observância de regras e, do outro, existir um sujeito que está obrigado a respeitá-las<sup>8</sup>. Nesta perspetiva existem dois tipos de situações, uma situação jurídica ativa - poder disciplinar - e outra situação jurídica passiva - a sujeição ou responsabilidade disciplinar. Com efeito, da relação jurídica de emprego público emerge a necessidade do trabalhador em observar a disciplina, assumindo o compromisso de atuar de acordo com as normas disciplinares próprias do serviço, delimitada pelo cumprimento de deveres laborais e “o facto voluntário que os viola, precisamente por ter o significado de atentado contra a disciplina, recebe a designação técnica de *infração disciplinar*”<sup>9</sup>. O poder disciplinar, o qual compete ao empregador público, surge assim como poder de resposta enquanto forma de agir contra infrações de deveres legalmente impostos, configurando-se num poder de fazer atuar a disciplina<sup>10</sup>.

No quadro normativo atual, o regime-regra que regula a relação jurídica de emprego público encontra-se fixado na Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas<sup>11</sup>. A propósito dos poderes do empregador público, ao poder disciplinar<sup>12</sup> é tradicionalmente assumido por uma dupla feição: i) o exercício da ação disciplinar, que visa proceder ao apuramento do desvalor jurídico de certas condutas face à disciplina e ii) o poder para aplicar sanções. Contudo, se por um lado, quando se fala do exercício da ação disciplinar tem-se presente não só a instauração do procedimento<sup>13</sup> enquanto expressão primacial da ação disciplinar, mas também o próprio procedimento disciplinar<sup>14</sup> conducente à investigação do apuramento da prática de infração; por outro, ao poder para aplicar as sanções - que cabe ao empregador público<sup>15</sup> - surge-lhe adstrito o poder

---

<sup>6</sup> Vítor Faveiro, A Infração Disciplinar: Esquema de uma teoria geral, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Separata do «Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos», n.º 32-33 e 34-35, Lisboa, 1962, p. 3.

<sup>7</sup> Salvatore Terranova, Il Rapporto di Pubblico Impiego, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 201.

<sup>8</sup> Cfr. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario..., op. cit., p. 27.

<sup>9</sup> Fausto de Quadros, Os Conselhos..., op. cit., p. 59-60.

<sup>10</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume I, op. cit., p. 12.

<sup>11</sup> Aprovada em anexo e que dela faz parte integrante pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

<sup>12</sup> Artigo 76.º da LTFP.

<sup>13</sup> Na LTFP, a competência para instauração do procedimento disciplinar está previsto no artigo 196.º do Capítulo VII.

<sup>14</sup> Com a exceção da repreensão escrita, vigora o princípio da obrigatoriedade do processo disciplinar para as restantes sanções de acordo com o artigo 194.º n.º 1 e n.º 2 da LTFP.

<sup>15</sup> A competência para aplicar as sanções vem prevista no artigo 197.º da LTFP.

para decidir pela suspensão da execução da sanção <sup>16</sup>. Este quadro coloca a questão da pertinência de certa “maleabilidade” nas decisões do empregador público; num domínio em que as realidades são das mais variáveis, a discricionariedade permitirá que melhor se concretizem os valores e finalidades do poder disciplinar.

## § 2 – Delimitação do objeto

Em face do que fica supra exposto, a presente dissertação pretende autonomizar a relação jurídica disciplinar na sua dinâmica, analisando os termos em que a discricionariedade do empregador público se configura. A discricionariedade não é arbítrio, pelo que a ideia de submissão à lei <sup>17</sup> não conflitua com o domínio da autonomia da Administração Pública <sup>18</sup>. Nesta senda, cuida-se da discricionariedade enquanto afirmação do princípio da legalidade na medida em que ela não existe sem norma, sem lei, surge apenas enquanto manifestação da vontade do legislador. Não se pretende estudar toda a temática que envolve a discricionariedade administrativa <sup>19</sup>, apenas uma sua parte – em que termos se manifesta e concretiza no complexo estrutural normativo – cujo o conteúdo servirá de parâmetro na aferição na dinâmica disciplinar.

Depois da delimitação que antecede, segue-se a análise do poder disciplinar na relação jurídica de emprego público. Do conceito de relação jurídica de emprego público, atenderemos apenas àquelas relações laborais que se constituem ao abrigo da LTFP; ficam, pois, fora do âmbito do nosso estudo aquelas que, ainda que assentem num

---

<sup>16</sup> Veja-se que o órgão competente pode decidir pela suspensão da execução da sanção disciplinar (artigo 192.º da LTFP).

<sup>17</sup> Constitucionalmente consagrado, o princípio da legalidade plasmado no artigo 266.º da CRP, prevê a subordinação de toda a atuação da Administração à lei. O CPA vem reforçar a sujeição a este princípio ao prever a sua consagração no seu artigo 3.º.

<sup>18</sup> José Sérvulo Correia, refere-se a *autonomia pública* enquanto “(...) permissão da criação de efeitos de direito não predeterminados na norma”. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coleção de Teses, Almedina, Coimbra, 1987, p 470.

<sup>19</sup> Entre nós, a quem devemos a primeira grande investigação sobre o tema da discricionariedade, Afonso Rodrigues Queiró na sua Dissertação de Doutoramento em Ciências Político-Económicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, O Poder Discricionário da Administração, 1944.

“mínimo denominador comum de regime jus-publicista”<sup>20</sup>, se regem pelo regime de direito privado. Traça-se assim a compreensão do fenómeno disciplinar nesse âmbito, teorizando numa lógica da sua razão de ser e das suas finalidades. Contudo, o estudo da dimensão disciplinar não pode desconsiderar, no quadro constitucional, os direitos fundamentais do trabalhador<sup>21</sup>. A génese das garantias procedimentais do trabalhador em processo disciplinar, reside na própria Constituição<sup>22</sup>, pelo que importa compreender em que medida se dá respostas a essas exigências.

Da delimitação dos conceitos de discricionariedade e poder disciplinar, o terceiro momento de estudo procura compreender o exercício do poder disciplinar propriamente dito, na sua iniciativa, desenvolvimento e termo. No procedimento disciplinar, temos uma sucessão de atos e formalidades, com a participação mais do que um órgão, com vista ao apuramento da prática da infração disciplinar e aferição da sanção disciplinar na sua escolha e medida. Em cada intervenção dos diferentes órgãos – instauração, instrução e decisão – existe uma zona onde é concedida uma margem de liberdade de decisão, que se permite a opção de adotar uma conduta ou decisão que melhor se coadune com o fim do poder disciplinar. Todavia, o âmbito da escolha de cada momento procedimental e órgão, não se manifesta com os mesmos propósitos. Importa, assim, a investigação e análise dos poderes discricionários envolvidos porquanto, quer ao nível da doutrina quer ao nível da jurisprudência, as posições tomadas têm-se mostrado díspares. Neste sentido, procurar-se-á dar resposta aos seguintes pontos: i) Existe ou não discricionariedade quanto à decisão de instauração do procedimento disciplinar? Com que critérios se determina a instauração do procedimento? ii) A falta de uma tipicidade de condutas ilícitas nos mesmos moldes que se rege no direito penal, é fundamento para se entender que há uma escolha quanto à qualificação da conduta infratora? iii) A escolha e medida da sanção admite a intervenção do trabalhador?

---

<sup>20</sup> Ana Fernanda Neves, *O Contrato de Trabalho na Administração Pública, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 148.

<sup>21</sup> Respetivamente, direito ao trabalho e direito à ocupação efetiva do trabalho (artigo 58.º da CRP), direito à segurança no emprego (artigo 53.º da CRP), princípio da presunção da inocência (artigo 32.º n.º 2 da CRP), direito a audiência e defesa (artigo 32.º n.º 10 e 269.º n.º 3 da CRP)

<sup>22</sup> Nomeadamente, o direito a ser ouvido decorrente do direito de audiência e defesa (artigo 32.º n.º 10 e 269.º n.º 3 da CRP).

### § 3 – Plano de Estudo

Esclarecidos os parâmetros de orientação para o presente estudo, a dissertação que apresentamos é assim composta por três capítulos.

O primeiro capítulo incide sobre o conceito de discricionariedade administrativa. Após fazer uma breve resenha histórica, estabelece-se a sua relação com o princípio da legalidade para de seguida proceder-se à análise do complexo estrutural normativo que a determina e a concretiza.

O segundo capítulo centra-se no poder disciplinar da relação jurídica de emprego público. Trata de fixar o poder disciplinar cujo exercício está em causa, quer quanto à delimitação do seu fim e fundamento, quer quanto à determinação do seu início e termo. Por outro lado, averigua-se a importância do poder disciplinar enquanto instrumento de garantia da relação jurídica de emprego público, bem como a importância da sua dinâmica, que se expressa num procedimento, para o trabalhador enquanto parte da relação laboral.

O terceiro capítulo escaupeliza o exercício do poder disciplinar nos momentos em que é concedida discricionariedade ao empregador público. Abrange não só a análise normativa, mas também delimitar o modo como o seu exercício se procede. Sendo a discricionariedade uma constante na atividade disciplinar, torna-se profícuo decompor o presente capítulo em três parágrafos: o primeiro versa sobre os trâmites do procedimento, repartindo-se nos seus momentos tipicamente considerados – instauração, instrução, defesa e decisão; o segundo respeita à própria infração disciplinar onde se traçará em que modos se processa o apuramento e a qualificação da conduta; o terceiro versa sobre o ato que culmina o exercício do poder disciplinar. Vigorando o princípio da taxatividade das sanções disciplinares, impõe-se que ao trabalhador seja aplicada uma sanção que esteja legalmente prevista, contudo, a escolha e medida da sanção dependerá da ponderação de critérios legais. Neste último parágrafo proceder-se-á, assim, à caracterização e classificação das sanções seguindo-se da análise da discricionariedade na determinação e medida da sanção.

## CAPÍTULO I

### A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

#### 1. Considerações preliminares

O Estado como hoje o conhecemos existe e atua para prosseguir os seus fins: *segurança, justiça e bem-estar económico, social e cultural* <sup>23</sup>. Tais fins <sup>24</sup> constituem uma tarefa fundamental na ação do Estado, prosseguidos por entes com competência para atingir a sua concretização. É neste contexto que aparece a Administração Pública <sup>25</sup> a quem incumbe exercer a *função administrativa* <sup>26</sup>, por força do *princípio da separação de poderes* <sup>27</sup>.

A função administrativa, enquanto função secundária do Estado <sup>28</sup>, define-se pela concretização e execução das leis com vista à satisfação das necessidades públicas. É

---

<sup>23</sup> Cfr., em diversas alíneas do artigo 9.º da CRP. Cfr., sobre os fins do Estado, Marcello Caetano, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, Tomo I, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 1972, pp. 143-148; Marcelo Rebelo de Sousa, Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição, Tomo I, Livraria Cruz, Braga, 1979, pp. 229-235; Carlos Blanco Morais, Direito Constitucional – Sumários Desenvolvidos, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 61-64; José Melo Alexandrino, Lições de Direito Constitucional, Volume I, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 131-137.

<sup>24</sup> José Melo Alexandrino, adita um outro fim para o Estado: a *sustentabilidade*. Fundamenta o autor que cabe ao próprio Estado, em primeira linha, a responsabilidade pela continuidade da vida no planeta. Lições..., op. cit., pp. 136-137.

<sup>25</sup> A Administração Pública comporta não só as pessoas coletivas e os serviços públicos, como também todos os seus funcionários e agentes administrativos. Cfr., Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Volume I, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 29-34.

<sup>26</sup> Ou, Administração Pública em sentido material, numa aceção mais ampla pode ser definida como a atividade típica dos serviços e funcionários administrativos desenvolvida no interesse geral da coletividade, com vista à prossecução das necessidades coletivas, previamente estabelecida na lei. Cfr., Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral - Introdução e Princípios Fundamentais, Tomo I, 2.ª edição, Dom Quixote, 2006, p. 39 e Diogo Freitas do Amaral, Curso..., Volume I, op. cit., p. 34.

<sup>27</sup> Artigos 2.º e 111.º da CRP. Este princípio proclama pela distribuição de funções em vários órgãos, de modo a otimizar as tarefas e fins do Estado prevenindo, assim, abusos de poder resultantes da concentração num só órgão. Não obstante a existência de formas e procedimentos de cooperação e controlo interorgânico, nenhum deles pode intrometer-se no núcleo essencial das funções pertencentes a outros órgãos – *teoria do núcleo essencial*. Cfr., J. J. Gome Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 209 e Volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 45-46.

<sup>28</sup> A sua natureza como função secundária, coloca-a num patamar de subordinação às funções primárias (ou seja, à função política e à função legislativa). É por este motivo que a Administração é juridicamente limitada, não só nos meios e nas formas de atuação, como também nos seus fins. Cfr. Marcelo

enquanto órgão decisor, que a Administração atuará em respeito pelo direito aplicável de modo a prosseguir o *interesse público* <sup>29</sup>.

Mas a Administração Pública não é apenas destinatária e executora das normas jurídicas, ela também é criadora e aplicadora do direito.

A adoção de atos gerais e abstratos pelo legislador, por vezes, impossibilita obter-se uma solução justa para determinados casos que exigem uma apreciação concreta. Por esta razão, nem sempre é regulada de modo pormenorizado toda a atividade administrativa, conferindo assim certa abertura às normas jurídicas <sup>30</sup>, de maneira a que a Administração possa obter uma solução justa e oportuna. É-lhe, portanto, concedida a possibilidade de escolha da solução na situação concreta, entre opções juridicamente admissíveis, tendo em vista a que melhor se adequa à prossecução do interesse público; ou seja, é-lhe atribuído um *poder discricionário*.

De facto, se a Administração reconduzisse a uma função estritamente executiva de regras previamente determinadas, correria o risco de não conseguir acompanhar a dinâmica, complexa e crescente, das necessidades coletivas. Assim, de forma a colmatar tais situações, é concedido à Administração o poder de atuar no âmbito da discricionariedade de modo a obter a realização da justiça no caso concreto, que melhor satisfaça o interesse público.

As ações discricionárias da Administração irão constituir um complemento do poder legislativo e um limite ao poder judicial. Quanto ao primeiro, sem soluções previamente concebidas, a Administração vê-se obrigada ao exercício criativo de direito, permitindo liberdade de adaptação das normas às situações. Há uma perda de previsibilidade do legislador na solução do caso concreto, que é deixada à Administração na procura da melhor solução para a prossecução do interesse público <sup>31</sup>. Quanto ao poder

---

Rebello de Sousa, Direito Constitucional..., op. cit., pp. 247-248; Marcelo Rebello de Sousa e André Salgado, Direito Administrativo..., op. cit., pp. 36-39; Diogo Freitas do Amaral, Curso..., Volume I, op. cit., pp. 49-44.

<sup>29</sup> O princípio da prossecução do interesse público, é um dos princípios mais importantes na atuação da Administração já que ela existe, exatamente com este objetivo, prosseguir o interesse público. Consagrado no artigo 266.º n.º 1 da CRP, apresenta-se também como limite de toda a atividade administrativa, impedindo as autoridades a prosseguir outra finalidade que não aquela estabelecida pela lei ou pela Constituição, “(...) que será sempre a finalidade de interesse público”, sob pena de desvio de poder. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume II, op. cit., p. 796.

<sup>30</sup> Vide, por todos, José Sêrvulo Correia, Legalidade..., op. cit., pp. 318 e ss.

<sup>31</sup> O TC já deixou assente que existem *limites funcionais à liberdade de extensão de conformação do legislador* pelo que, sob pena da violação do princípio da separação de poderes e do princípio da reserva da administração, deve abster-se de qualquer tipo de *intromissão intolerável na esfera puramente*

judicial, estando os Tribunais habilitados a reprimir situações em que haja violação da legalidade, é-lhes vedado qualquer intervenção na esfera do *mérito*<sup>32</sup> (oportunidade e conveniência) da Administração, podendo apenas atuar quando esteja em causa a validade da conduta<sup>33</sup>. Ora, sendo finalidade da norma aberta atribuir uma certa autonomia e responsabilidade própria à Administração, a admitir uma intervenção dos órgãos do poder judicial neste domínio seria não só, desvirtuar a própria figura da discricionariedade, como a sua própria atuação consubstanciava numa “dupla administração”<sup>34</sup>.

Como veremos posteriormente, a discricionariedade como aqui é entendida, não será contrária à ideia subjacente ao *princípio de Estado de Direito*<sup>35</sup>; pelo contrário, apresentar-se-á como elemento necessário para a realização e concretização do direito, tendo sempre como fundamento e limite a Lei<sup>36</sup>.

---

*administrativa em domínios que são próprios da sua atividade* (n.º 24/98 de 22 de janeiro de 1998, Processo n.º 621/97 in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Desta forma, o TC vem reforçar que por força do princípio da separação de poderes não podem estar pré-determinadas todas as condutas da Administração e, no âmbito da reserva administrativa, pressupõe que haja situações que permitem à Administração exercer juízos de oportunidade e conveniência a fim de encontrar a melhor solução para a prossecução do interesse público.

<sup>32</sup> Segundo Bernardo Diniz de Ayala, “(...) as opções do órgão administrativo tomadas nesse domínio [da discricionariedade] revelam da esfera do mérito”; quer isto dizer, que a discricionariedade encontrar-se-á fora do âmbito de intervenção dos Tribunais que de acordo com o artigo 3.º n.º 1 do CPTA, estes não têm competência para julgar. O (Défice) de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa, Lex, Lisboa, 1995, p. 83.

<sup>33</sup> Com isto não se pretende dizer, obviamente, que os atos administrativos projetados no âmbito da discricionariedade não possam ser objeto de sindicabilidade junto dos tribunais. Na verdade, são sindicáveis como qualquer outro ato, mas apenas o são “nos seus aspetos vinculados, designadamente os relativos à competência, à forma, aos pressupostos de facto e à adequação ao fim prosseguido, e quanto aos ‘limites internos’ do exercício desse poder, designadamente o respeito pelos princípios da igualdade, justiça e imparcialidade”, assim o entende o STA. (Acórdão de 31 de outubro de 2002, Processo n.º 0272/02 e, entre outros, Acórdão de 30 de junho de 2011, Processo n.º 811/2010 in <http://www.dgsi.pt>).

<sup>34</sup> José Vieira de Andrade, Lições de Direito Administrativo, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 56. Refere ainda o autor que “(...) não há poder administrativo discricionário onde se admita ou se postule que o juiz, em recurso, refaça, na sua totalidade, a decisão administrativa, ainda que apenas para anular no caso de não se identificar com aquela que o tribunal tomara se dispusesse de competência para praticar ou ordenar a prática do ato”. O Ordenamento Jurídico Administrativo Português, Contencioso Administrativo, obra coletiva, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 44-45.

<sup>35</sup> Subprincípio que deriva do *princípio de Estado de direito democrático*, plasmado no artigo 2.º da CRP, densifica a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas. Cfr, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume I, op. cit., pp. 203-212.

<sup>36</sup> Já Afonso Rodrigues Queiró referia que a discricionariedade reina por toda a parte no Estado de Direito, como meio necessário de enquadração de motivos extra-jurídicos [que não estão previamente estabelecidos na norma], na concretização do Direito primário. Dissertação para a Licenciatura em Ciências Político-Económicas - Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo (1942), Estudos de Direito Público, Volume I, Coimbra, 1989, p. 87.

## 2. Síntese da evolução histórica da discrecionariedade

Durante o Estado Absoluto <sup>37</sup>, não existia a separação orgânica entre função administrativa, função legislativa e função jurisdicional; era no Monarca que se concentravam os poderes de administrador-legislador-juiz, com total independência da lei. Sendo o supremo administrador, a atuação do Rei não se subordinava ao Direito, detendo de uma liberdade sem limites a qual originou numa *máxima extensão do poder discrecionário* <sup>38</sup>. Ainda que soube a teoria do Fisco, os particulares pudessem ser ressarcidos pecuniariamente por violação do direito patrimonial <sup>39</sup>, o que caracteriza esta fase do Estado Moderno é, exatamente, a existência de um Estado acima da lei, portanto, acima do Direito <sup>40</sup>.

É neste contexto do absolutismo vigente, que surgem as revoluções liberais – Americana e Francesa - trazendo consigo a ideia de liberdade individual contra o poder autoritário do Rei, dando início à época do Estado Liberal <sup>41</sup>. Esta época histórica, ficou marcada pela afirmação de dois princípios que, notavelmente, contribuíram para o surgimento do *Direito Administrativo* moderno: o *princípio da separação de poderes* e o *princípio da legalidade* <sup>42</sup>.

O princípio da separação de poderes, veio retirar o poder legislativo e o poder judicial à Coroa conferindo o primeiro ao Parlamento e o segundo aos Tribunais. Os poderes que até aí eram concentrados numa só figura, passariam a estar separados por várias entidades autónomas entre si.

---

<sup>37</sup> Mais concretamente, Estado de polícia, é o subtipo do Estado moderno entre meados do século XVII e o fim do século XVIII.

<sup>38</sup> Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume I, op. cit., p. 59. Há quem entenda que, durante o Estado Absoluto não existia verdadeiramente um poder discrecionário, antes um poder arbitrário exercido à margem da lei. Cfr., Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, Volume I, Lisboa, 1995, p. 124

<sup>39</sup> Diogo Freitas do Amaral fala numa dupla fisionomia de administração: a *administração pura* e a *administração contenciosa*. A primeira tinha como objetivo a prossecução do interesse público de acordo com a vontade soberana do Monarca e a segunda dizrespeito ao Estado-fisco que não era mais que o mesmo Estado a quem cabia proteger os direitos patrimoniais dos particulares. *Curso...*, Volume II, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, 2003, pp. 88-92.

<sup>40</sup> José Melo Alexandrino, *Lições...*, Volume I, op. cit., pp. 98-99.

<sup>41</sup> Referente ainda ao Estado Moderno, entre o século XIX e a primeira metade do século XX.

<sup>42</sup> Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume I, op. cit., p. 63.



Com o intuito de proteger os particulares, o princípio da legalidade trouxe a subordinação da Administração à lei <sup>43</sup>. A tarefa da Administração passaria assim a ser meramente executória da lei e, em caso de violação, os particulares podiam recorrer ao Tribunal para fazer valer os seus direitos. Mas com isto, não se pretendeu escamotear o poder discrecionário da Administração. Na verdade, a Administração podia fazer não só o que lei autorizava, como também tudo aquilo que a lei não proibisse ou não previsse <sup>44</sup>. Deste modo, fora do âmbito da lei, o Estado-Administração continuava a ter os seus espaços de livre escolha, pois estando fora da lei estava fora do direito, perdurando a sua discrecionariedade de ação. Como poder inato à própria Administração, a discrecionariedade consubstanciava num poder originário da Administração <sup>45</sup>, que assim durou durante uns largos anos.

Durante a primeira metade do século XX, após a Grande Depressão Americana e as duas Guerras Mundiais, necessário era reformular o papel intervencionista do Estado na sociedade, afim de assegurar as condições mínimas de existência das pessoas e da redistribuição da riqueza. Aos fins públicos do Estado acrescem a promoção do bem-estar económico, social e cultural, um passo decisivo na evolução do Estado Liberal para o Estado Social <sup>46</sup>. Esta transição trouxe consigo grandes repercussões para o Direito e para a Administração Pública. O princípio da legalidade passou a ganhar um novo sentido, estando a atividade administrativa limitada não só pela lei ordinária, mas por todos os atos normativos, inclusive a Constituição (que tinha agora supremacia sobre a lei) na sua vertente de preferência de lei. Já quanto à sua vertente de reserva de lei, esta passaria a abranger todas as esferas de atuação da Administração, acabando deste modo, com a sua

---

<sup>43</sup> O princípio da legalidade na época do liberalismo foi visto de uma forma estrita, tendo como exclusiva função a garantia dos particulares, não contemplando a máxima extensão do princípio nas suas vertentes de preferência de lei e de reserva de lei. Com a inauguração da Era das Constituições escritas, era de esperar que se presenciasse a um Estado limitado pela Constituição, no entanto, se por um lado era valorizado este grande marco na história do Constitucionalismo, por outro, as experiências liberais europeias culminaram na sua desvalorização, uma vez que “a preferência de lei foi entendida exclusivamente como preferência da lei parlamentar e não abrangia, para tais efeitos, a Constituição”. Quanto à reserva de lei, esta foi entendida apenas para efeitos da salvaguarda da liberdade e propriedades do cidadão, o que permitia a administração atuar com base numa *discrecionariedade livre de lei*. Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., pp. 105-106.

<sup>44</sup> A vinculação à lei traduzia-se apenas no princípio da *preferência de lei*.

<sup>45</sup> José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 127.

<sup>46</sup> Caracterizado pela doutrina como Estado Social de Direito: Social, uma vez que visa promover o desenvolvimento económico, bem-estar e a justiça social; Direito, porque não prescinde a garantia dos direitos dos particulares e a limitação do poder público. Cfr., Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume I, op. cit., pp. 72-73; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional – Estado e os Sistemas Constitucionais*, Tomo I, 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 101-105; José Melo Alexandrino, *Lições...*, Volume I, op. cit., pp. 101-103.

legitimidade de atuar à margem da lei <sup>47</sup>. A lei deixou de funcionar apenas como limite da ação administrativa, para passar a ser o seu fundamento. Com um sistema cada vez mais referenciado pelo primado da lei, à Administração apenas restava que o legislador lhe atribuisse através dos textos normativos, a competência para atuar no âmbito da discricionariedade. A *lei-pressuposto* da discricionariedade conformava-se assim até aos dias de hoje <sup>48</sup>.

Com o passar dos tempos, assistiu-se assim a uma restrição do poder discricionário do Estado-Administração, derivado da sua gradual subordinação à lei. É neste sentido que hoje, o poder discricionário já não se reporta um poder inato da Administração da época do Estado absoluto, mas antes a um poder derivado da lei.

### 3. Discricionariedade enquanto afirmação do princípio da legalidade

Aliado ao conceito de discricionariedade, está a concessão de um “espaço de autonomia” <sup>49</sup> de atuação da Administração <sup>50</sup>, que surge insuficiente se não se atender à importância e imperatividade do princípio da legalidade.

Um dos grandes princípios norteadores de toda a atividade administrativa é o princípio da legalidade <sup>51</sup>. Princípio também ele concretizador do Estado de Direito <sup>52</sup>, exprime a submissão da Administração à lei, podendo esta apenas agir sob o seu fundamento e dentro dos seus limites. De acordo com este entendimento, este princípio

---

<sup>47</sup> Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., pp. 108-109.

<sup>48</sup> Em Portugal, com Código Administrativo de 1896, deu-se a diminuição da esfera da discricionariedade e consequentemente a um aumento na vinculação da atividade administrativa. A partir daqui vários foram os textos normativos que vieram implementar travões à discricionariedade: desde os limites legais impostos à sua atuação, até à sua submissão ao controlo jurisdicional dos tribunais administrativos. Cfr., Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume II, op. cit., pp. 91-92.

<sup>49</sup> Valente Simi, *Il Potere Discrezionale Come Carattere Essenziale Della Pubblica Amministrazione*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè – Editore, Anno X, N. 4, Milano, 1960, pp. 879 e ss.

<sup>50</sup> No entender de José Vieira de Andrade “só haverá, portanto, discricionariedade quando a lei conceda expressa ou implicitamente à Administração um espaço de conformação que seja da sua *responsabilidade própria*”. *O Ordenamento...*, op. cit., p. 45 e *Lições...*, op. cit., p. 43.

<sup>51</sup> Artigo 266.º da CRP n.º 2 e o artigo 3.º do CPA, preveem a subordinação de toda a atuação da Administração à lei.

<sup>52</sup> Como Já evidenciava J. J. Gomes Canotilho, trata de um princípio que “(...) foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de Direito”. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 256.

desdobra-se em duas dimensões distintas ou subprincípios acolhidos pela doutrina: a *preferência de lei* e a *reserva de lei* <sup>53</sup>.

A preferência de lei <sup>54</sup> obriga a que a Administração não contrarie o direito vigente, ou seja, não adote medidas contrárias à lei, sob pena de ilegalidade. O princípio da legalidade reclama por si, não só a subordinação à lei ordinária, mas também a todo o *bloco de legalidade*, ou seja, à Constituição <sup>55</sup>, ao direito internacional e europeu que vigore no ordenamento jurídico, aos regulamentos e aos princípios gerais da atividade administrativa <sup>56</sup>. Este respeito obrigatório do bloco juridicamente relevante abarca o Direito como um todo, levando a generalidade da doutrina a perfilhar o *princípio da juridicidade* <sup>57</sup> como expressão evolutiva do princípio da legalidade. Quanto à reserva de lei, esta impõe que, além da Administração estar proibida de contrair o Direito, apenas possa atuar com fundamento no bloco de legalidade, ou seja, é exigida que a sua atuação tenha sempre por base uma norma jurídica que a habilite. Portanto, a discricionariedade não residirá na ausência ou à margem da lei, antes será resultado da sua atribuição <sup>58</sup>. É desta maneira que a norma, como pressuposto do exercício do poder discricionário, torna-se-lhe inerente. A norma surgirá como condição necessária do exercício discricionário e a sua admissibilidade resultará da vontade do próprio legislador. Por este motivo, não será preocupação do legislador conhecer antecipadamente qual solução que efetivamente vai ser adotada, uma vez que foi por ele previamente autorizada e parametrizada. Além disso,

---

<sup>53</sup> Cfr., entre outros, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 256; José Sêrvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, Editora Danúbio Lda. Lisboa, 1982, pp. 241 e ss; Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume II, op. cit., pp. 50 e ss; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., pp. 157 e ss.

<sup>54</sup> Também denominado por *princípio do primado da lei*. José Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, op. cit., p. 36.

<sup>55</sup> É o que decorre do próprio preceituado Constitucional no artigo 266.º n.º 2 onde refere que “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição (...)”. Vem reforçar o artigo 3.º n.º 2 *in fine* que determina a subordinação do Estado à Constituição.

<sup>56</sup> Nomeadamente, o princípio da prossecução do interesse público (artigo 266.º n.º 1 *ab initio* da CRP e artigo 4.º do CPA), o princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares (artigo 266.º n.º 1 *in fine* da CRP e artigo 4.º do CPA), o princípio da boa administração (artigo 5.º do CPA); princípio da igualdade (artigo 266.º n.º 2 da CRP e artigo 6.º do CPA), o princípio da proporcionalidade (artigo 266.º n.º 2 da CRP e artigo 7.º do CPA), o princípio da justiça e da razoabilidade (artigo 266.º n.º 2 da CRP e artigo 8.º do CPA), o princípio da imparcialidade (artigo 266.º n.º 2 da CRP, e artigo 9.º do CPA) e o princípio da boa fé (artigo 266.º n.º 2 da CRP e artigo 10.º do CPA).

<sup>57</sup> Cfr., José Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, op. cit., pp. 40-41 e Lições..., op. cit., pp. 38 e ss; Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume II, op. cit., p. 48; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, Volume II, op. cit., p. 799; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., pp. 157 e ss.

<sup>58</sup> Valente Simi realça que na discricionariedade por “o comportamento” não ser ditado diretamente pela lei pode parecer livre, no entanto “non realizza una libertà (...) perchè dalla legge deriva proprio quel vincolo interno che costituisce il potere discrezionale”. *Il Potere Discrezionale...*, op. cit., p. 889.

por a conduta administrativa se encontrar circunscrita ao Direito é que em caso de desrespeito pela decisão discricionária, caberá ao Tribunal intervir nos termos que lhe compete. A Administração estará assim vinculada ao cumprimento das normas e princípios no âmbito da sua discricionariedade – daí falar-se na existência de uma *discricionariedade vinculada* <sup>59</sup>

No seguimento de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, a reserva de lei, por sua vez, projeta-se em duas formas complementares: na *precedência de lei* e na *reserva de densificação normativa* <sup>60</sup>. Relativamente à primeira, exprime a necessária anterioridade do fundamento jurídico-normativo da atuação administrativa, que é o que nos reportámos ainda agora; enquanto que a segunda vem impor que esse mesmo fundamento possua um grau de pormenorização suficiente de modo a que se antecipe adequadamente a ação da Administração. Assim, a reserva de densificação normativa, realça a importância de uma densidade suficiente da norma de modo a que se possa controlar e prever a sua aplicação consubstanciando numa segurança para as relações jurídicas, como decorre do próprio *princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas* <sup>61</sup>.

No entanto, como já antes tivemos hipótese de observar, o legislador nem sempre pormenoriza todos os elementos da norma de modo a que a atuação da Administração possa ser previamente determinada. Esta indeterminação normativa tanto poderá surgir na delimitação dos elementos da situação concreta ou quanto aos efeitos de direito <sup>62</sup>, desencadeando uma abertura da norma suficiente que permite à Administração uma atuação dotada de *margem de livre decisão* <sup>63</sup>, que inclui atuar no âmbito da discricionariedade. Esta abertura normativa não pode nunca ser total, tendo de ter limites mínimos exigíveis de determinabilidade que permitam saber com que fundamento e para que fim a Administração atua <sup>64</sup>. Torna-se desde longo imprescindível a identificação da

---

<sup>59</sup> José Vieira de Andrade, Lições..., op. cit., p. 54.

<sup>60</sup> Direito Administrativo..., op. cit., pp. 157 e ss.

<sup>61</sup> Enquanto fração do *princípio da segurança jurídica*, o subprincípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, exige a clareza e densidade suficiente da legislação, com fundamento que na sua falta não oferece uma medida jurídica capaz de: - alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; - de constituir uma norma de atuação administrativa; - de não ser possível, como norma de controlo, a sua fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos. Cfr. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional..., op. cit., p. 258.

<sup>62</sup> José Sêrvulo Correia, Legalidade..., op. cit., p. 471.

<sup>63</sup> Figura que será analisada posteriormente, *infra* Ponto 4, Capítulo I. Por agora, interessa ter presente que a discricionariedade se reporta a uma das formas de manifestação de margem de livre decisão.

<sup>64</sup> É esta a posição do TC, onde aponta para uma “exigência especial de densificação normativa a nível legal, conexonada intimamente com a questão da reserva de lei (...) no âmbito de autorização legal

*natureza do poder concedido*, uma vez que este tem como objeto os efeitos de direito que se destina a produzir vertidos num *tipo de atos* <sup>65</sup>. Se a norma apenas atribuisse competência <sup>66</sup> para a prática de decisões discricionárias sem qualquer formulação do tipo de poder em causa, equivaleria a conceder poderes ilimitados à Administração, que em caso de abertura de efeitos não manifestaria qualquer conotação com o princípio da segurança jurídica. Ao tipificar a natureza do poder, demarca-se o âmbito de atuação da Administração sobre as esferas jurídicas dos hipotéticos destinatários e, consequentemente, restringe-se os efeitos jurídicos na medida que nunca podem se materializar num ato que não tenha um mínimo de correspondência com a norma <sup>67</sup>. Da mesma forma, os pressupostos normativos, não podem ser de um *tipo* aberto de tal modo que não se consiga extrair um “(...) núcleo essencial do tipo de situação sobre a qual poderá incidir o poder visado pela norma” <sup>68</sup>.

Deve-se, pois, encontrar na letra da lei um grau de densificação normativa que correspondam a um mínimo de critérios objetivos que balizem a atuação discricionária da Administração, em termos tais que permitam aos cidadãos, com um mínimo de segurança, saber com que quadro normativo contam quanto à possível aplicação dessa lei <sup>69</sup> e que simultaneamente confirmem aos tribunais elementos objetivos suficientes para apreciação da adequação e proporcionalidade no uso de tais poderes.

---

para o exercício de poderes discricionários por parte da Administração”. Nestes termos, “o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei [tem de ser] tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar (...) sem jugularem a sua liberdade de escolha [discrecionariedade]” salvaguardando deste modo “o «núcleo essencial» da garantia dos direitos”. (Acórdão n.º 285/92 de 22 de julho de 1992, Processo n.º 285/92, DR, Série I-A de 17 de agosto de 1992, pp. 3962-3992, seguido pelo Acórdão n.º 474/2013 de 17 de setembro de 2013, Processo n.º 179/2013, DR, Série I de 17 de setembro de 2013, pp. 5864-5890; Acórdão n.º 458/93 de 12 de agosto de 1993, Processo n.º 219/1993, DR, Série I-A de 17 de setembro de 1993, pp. 5085-5109; Acórdão n.º 387/2012 de 25 de julho de 2012, Processo n.º 387/2012, DR, Série I de 10 de agosto de 2012, pp. 4345-4362; Acórdão n.º 119/2010 de 26 de março de 2010, Processo n.º 119/2010, DR, Série I de 14 de abril de 2010, pp. 1255-1285; disponíveis in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>65</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., pp. 312-340.

<sup>66</sup> A competência será sempre um elemento vinculativo na atividade administrativa uma vez que é sempre fixada pelo o legislador, não podendo o órgão administrativo autodeterminar competência discricionária. Deste modo, a própria competência surge como limite das situações que a Administração possa agir discricionariamente. Mesmo quando essa competência possa surgir em termos alternativos, de modo a que se fale de uma *discrecionariedade da competência*, a lei indicará sempre os órgãos potencialmente competentes. Sobre a discrecionariedade da competência, cfr., Bernardo Diniz de Ayala, *O Déficit*..., op. cit., pp. 190-192.

<sup>67</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 316.

<sup>68</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>69</sup> José Vieira Andrade, considera quem em matéria de direitos fundamentais, exige-se uma *densidade legal acrescida* e que não deve ser deixada à Administração discrecionariedade na definição dos seus limites. O autor acaba por não conseguir dar uma resposta “de sim ou não” quando à eventual inconstitucionalidade de concessão de discrecionariedade nessa matéria. *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 327.

Traçado os critérios mínimos para a concessão da discricionariedade, a conclusão a extrair é que ela não existe sem habilitação legislativa. A discricionariedade não é presumível, ela será sempre concedida por lei sob o escopo da preferência e reversa de lei <sup>70</sup>.

A esta luz, deve ter-se mais do que ultrapassada a ideia de que a discricionariedade possa comportar uma exceção ao princípio da legalidade <sup>71</sup>. Antes, ela consubstancia numa manifestação da vontade do legislador reconhecida à Administração, de modo a poder atuar no âmbito da sua autonomia. A discricionariedade será, pois, uma conformação do princípio da legalidade, na medida em que a lei assim o confere e o configura <sup>72</sup>.

#### **4. Margem de livre decisão como conceito amplo de discricionariedade**

São vários os autores que, no estudo da discricionariedade, abarcam este termo num outro mais amplo – *margem de livre decisão* <sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Como indica José Sérvulo Correia, o princípio da preferência de lei impede que a Administração atue *contra legem*, ao passo que o princípio da reserva de lei impede que a Administração se conduza *praeter legem*. Noções..., op. cit., p. 243.

<sup>71</sup> Para a maioria da doutrina, das três exceções que se associa ao princípio da legalidade – atos políticos, discricionariedade e estado de necessidade – as duas primeiras não comportam verdadeiras exceções ao princípio. No entanto, o estado de necessidade, geralmente entendido como situação em que a Administração ficaria dispensada de seguir o processo legal, ainda não trouxe consenso na doutrina. No sentido de que o estado de necessidade trata de uma *legalidade excepcional*, Marcelo Rebelo de Sousa para quem a sua consagração no artigo 3º nº 2 do CPA, não só lhe dá cobertura legal como engloba-o como um todo (Lições..., op. cit., pp. 106-107). No mesmo sentido, José Sérvulo Correia, sustenta que uma vez verificado os elementos essenciais que desencadeiam o estado de necessidade a conduta administrativa continua a reger-se pelos “(...) princípios decorrentes da salvaguarda do interesse público ameaçado, sempre de acordo com as exigências da proporcionalidade (...) que fazem parte do bloco da legalidade que enquadra a prática de atos administrativos”. (Legalidade..., op. cit., pp. 282-284). Também Diogo Freitas do Amaral, entende que o estado da necessidade decorre da lei e que sua consagração no CPA vem legitimar as atuações ilegais da Administração (Curso..., Volume II, op. cit., pp. 52-54). Já no entender de João Caupers, que vem ripostar a posição de Freitas do Amaral, o estado necessidade será, pois, verdadeira exceção á legalidade na medida que a sua invocação não torna legal a conduta da Administração, mas antes a justifica (Introdução ao Direito Administrativo, 10ª edição, Âncora, 2009, p. 47).

<sup>72</sup> Diogo Freitas do Amaral, Curso..., Volume II, op. cit., pp. 87-88.

<sup>73</sup> Cfr., José Sérvulo Correia, Margem de Livre Decisão, Equidade e Preenchimento de Lacunas: as afinidades e os seus limites, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I, Almedina, Coimbra, 2012, p. 385; Bernardo Diniz de Ayala, O (Défice)..., op. cit., p. 103; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado, Direito Administrativo..., op. cit., p. 180.

Margem de livre decisão <sup>74</sup> consiste, nas palavras de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos num “(...) espaço de liberdade de atuação administrativa conferido por lei e limitado pelo bloco de legalidade, implicando uma parcial autodeterminação administrativa” <sup>75</sup>. Este superconceito surge com a necessidade de aglomerar, ainda que distintas, duas realidades com fundamentos idênticos – a discricionariedade e a *margem de livre apreciação* de conceitos jurídico indeterminados <sup>76</sup>.

Do conceito de margem de livre decisão, têm-se como premissa que ambas as figuras resultam da abertura da norma conferida pelo legislador, de modo a conceder um espaço de concretização autodeterminada à Administração <sup>77</sup>. A abertura da norma apresentará, no entanto, diferentes formas de revelação que permitirá traçar aquilo que separa a concretização da discricionariedade face aos conceitos jurídicos indeterminados.

Já antes, tivemos oportunidade de referir que a discricionariedade resulta da incapacidade de antecipação do legislador na definição da solução do caso concreto. Mas, em bom rigor, esta conceção além de bastante ampla não é tão-pouco suficiente para definir o que se entende por discricionariedade. A discricionariedade surge na norma e, como tal, o seu entendimento passará pela pré-compreensão do complexo estrutural normativo que a determina e a concretiza.

Maior parte da doutrina <sup>78</sup>, com visões mais ou menos amplas, tem definido que a discricionariedade resulta de um *poder/liberdade de escolha* de alternativas, explícitas ou implícitas, do órgão decisor administrativo na formulação da decisão final<sup>79</sup> - conceito que será por nós aqui perfilhado. Ora, se a discricionariedade se refere a uma liberdade

---

<sup>74</sup> José Sérvulo Correia, margem de livre decisão também pode ser tida na aceção de *autonomia pública* enquanto “(...) permissão da criação de efeitos de direito não predeterminados na norma”. Legalidade..., op. cit., p. 470 e Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional, Anotação ao acórdão do STA de 17 de janeiro de 2007, in Cadernos de Justiça Administrativa nº 70, julho/agosto, p. 45.

<sup>75</sup> Direito Administrativo, op. cit., loc. cit.

<sup>76</sup> José Vieira de Andrade, adota um conceito amplo de discricionariedade onde engloba os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos de tipo, o que em nossa opinião retrata aquilo que temos por margem de livre decisão. Lições..., op. cit., p. 60.

<sup>77</sup> Como bem salienta J. J. Gomes Canotilho, a abertura da norma é justificada como forma de o legislador querer limitar-se a leis de direção dirigidas à Administração, deixando-lhe a competência para decidir. Direito Constitucional..., op. cit., p. 258.

<sup>78</sup> Cfr., Afonso Rodrigues Queiró, O Poder Discricionário..., op. cit., p. 266; José Sérvulo Correia, Legalidade..., op. cit., pp. 320-321; Diogo Freitas do Amaral, Curso..., Volume II, op. cit., pp. 79-84; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito Administrativo..., op. cit., p. 184.

<sup>79</sup> Num outro sentido, José Vieira de Andrade entende que “a discricionariedade não é uma liberdade (...), mas sim uma *competência*, uma tarefa, corresponde a uma função jurídica”. O Ordenamento..., op. cit., p. 46.

de escolha na decisão, então reportar-se-á a um instrumento de escolha de consequências jurídicas <sup>80</sup>. Por dizer respeito a uma liberdade de escolha de efeitos jurídicos, é que no passado a doutrina teve tendência em arrumar a discricionarietà na estrutura da norma, mais precisamente, na *estatuição*. De facto, se se pensar na estrutura dual – previsão e estatuição – como fonte de discricionarietà têm-se de concordar que ela não pode resultar da *previsão* <sup>81</sup>. Mas pensemos agora no próprio exercício da discricionarietà, ou seja, no exercício que leva o aplicador a realizar uma ponderação na escolha de alternativas de ação. Se o aplicador limitasse apenas a escrutinar o exercício da discricionarietà no âmbito da estatuição, seria então de supor que o sentido da decisão estaria automaticamente limitado por elementos rigidamente fixados. Isto não parece fazer sentido se pensarmos que a razão de ser da liberdade de escolha surge com a incapacidade de delinear todas as variáveis da realidade que a norma pretende aplicar. Por isso, a configuração da decisão mediante a indecisão legislativa de efeitos, dependerá de um complemento da previsão da norma derivado de uma insuficiência de pressupostos legais. Se não vejamos, o exercício da discricionarietà implicará, *à priori*, a análise do caso concreto. Nessa ponderação, a Administração deparar-se-á com elementos aos quais não pode destoar a importância que refletem no sentido decisório. Não dizem respeito a elementos extraídos do texto normativo, mas *outros* que complementarão os que já se encontram pré-fixados na previsão. É em razão das diversas configurações retiradas do descrito na previsão que se conformam as escolhas, assim, a materialização da escolha do efeito jurídico será de acordo com a forma como a realidade se venha a verificar. Por este motivo, José Sêrvulo Correia entende que a discricionarietà envolve sempre o aditamento de novos pressupostos ao quadro de situações de facto exigidas por lei <sup>82</sup>, fazendo com que a discricionarietà seja “(...) sempre também uma discricionarietà quanto a pressupostos, uma tarefa de complementação do *Tabestand* [previsão]” <sup>83</sup>, não se limitando ao campo da estatuição. A conformação do efeito jurídico ou a escolha de alternativas impõe a recolha de factos extraídos do caso concreto que condicionarão num

---

<sup>80</sup> Cfr. Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pp. 107 a 191.

<sup>81</sup> Enquanto elemento normativo que diz respeito às condições de verificação do efeito jurídico.

<sup>82</sup> Como refere o mesmo autor, os pressupostos que poderão ser objeto de escolha dirão respeito, sobretudo, a pressupostos de facto “(...) visto que os pressupostos de direito emergirão objetivamente do ordenamento jurídico no estado em que se encontrar”. *Legalidade e Autonomia Contratual*, op. cit., p. 325.

<sup>83</sup> *Legalidade...*, op. cit., p. 324.



certo sentido o conteúdo da decisão <sup>84</sup>. Deste modo, a discricionariedade explica-se pela previsão.

No seguimento desta orientação, cremos que no leque das várias opções juridicamente possíveis, qualquer que fosse a opção adotada seria admissível do ponto de vista da legalidade – daí defendermos que haverá sempre uma liberdade de escolha – mas nem todas se justificam. Note-se que o complemento da previsão visa determinar o correspondente efeito. Portanto, um exercício correto da discricionariedade partirá de uma pré-compreensão dos efeitos jurídicos admitidos que, através do acréscimo de elementos de facto que complementarão a previsão normativa, condensará a escolha na solução juridicamente mais admissível <sup>85</sup>. Desta forma, o decisor através do *exercício de completamento conjuntivo* <sup>86</sup> preferirá pela solução mais conveniente e oportuna para o fim que a lei a habilita e, tendo-a estabelecido, deverá optar por essa e não outra “assim lho impõe o dever de boa administração” <sup>87</sup>. É nisto que se conforma a discricionariedade, demonstrando que fica longe de ser um instrumento de *capricho* <sup>88</sup> ou de uma vontade puramente subjetiva, mas antes um instrumento que permite a ponderação de interesses em causa de modo a realizar a justiça do caso concreto. O órgão decisor partirá dos elementos extraídos da situação em causa e procederá a um juízo, sob critérios de oportunidade e conveniência, com o objetivo de conformar a decisão que mais se aadeque ao fim imposto pela lei. Não o fim no sentido de prosseguir o interesse público em geral - pois este é iminente a qualquer conduta da Administração e último de qualquer ato administrativo <sup>89</sup>- mas o fim concreto a realizar na execução da lei específica <sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Parece ser esta a posição de José Vieira de Andrade, ainda que não faça a distinção da discricionariedade e apreciação de conceitos indeterminados, “(...) na zona da discricionariedade (...) implica sempre uma complementação concreta da previsão normativa, mesmo quando pondera interesses concorrentes, complementação que se exprime ou projeta nos ‘motivos’ em que se funda a escolha do conteúdo da decisão”. Lições..., op. cit., p. 61. No mesmo sentido, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 186.

<sup>85</sup> Neste sentido, José Vieira de Andrade para quem “a discricionariedade não dispensa, pois, o agente de procurar uma só solução para o caso: aquela que considere, fundamente, a melhor do ponto de vista do interesse público”. *O Ordenamento...*, op. cit., pp. 46-47.

<sup>86</sup> José Sérvulo Correia, *Margem...*, op. cit., p. 389.

<sup>87</sup> Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume II, op. cit., p. 83.

<sup>88</sup> José Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, op. cit., p. 46.

<sup>89</sup> Como evidencia Valente Simi, o fim do interesse público constitui um “vínculo interno” do poder discricionário. “L'esistenza di un interesse pubblico rilevante per lo Stato importa la necessità che esso venga realizzato ed importa quindi la posizione di obbligo da cui nasce il vincolo interno del potere discrezionale”. *Il Potere Discrezionale...*, op. cit., p. 916.

<sup>90</sup> O fim específico comporta mais um elemento barreira no exercício da discricionariedade a par do interesse público em geral. Há uma vinculação ao fim estabelecido que constitui mais um limite do poder discricionário, de tal forma que em caso do fim prosseguido na prática do ato não corresponder com o fim

Sublinhe-se que, o exercício de complemento conjuntivo de pressupostos, não pressupõe que haja uma indeterminação da previsão da norma até porque, insuficiência e indeterminação, não se reportam ao mesmo. Claro que não é impeditivo, que surjam situações que o *Tabestand* se apresente com uma certa indeterminação e que, por seu turno, o *Rechtsfogeseite* (estatuição) apresente uma textura aberta, culminando num jogo de complementaridade da previsão normativa. Mas importante é não confundir as situações.

Os conceitos jurídicos indeterminados, a par do que acontece na discrecionariedade, surgem muitas vezes com a impossibilidade do legislador em enquadrar conceitos determinados para todas as situações de fato em que a norma deva ser aplicada. Uma composição normativa que encerre conceitos com alguma imprecisão, quanto ao seu alcance e conteúdo, permitirá que haja abertura “(...) de se adaptar e se fazer permeável aos seus próprios fundamentos ético-sociais”<sup>91</sup>, razão pela qual, cada vez mais faz-se notar a sua presença nos textos normativos.

A margem de livre apreciação<sup>92</sup> dos conceitos jurídicos indeterminados, no entendimento de Marcelo Revelo de Sousa e André Salgado de Matos<sup>93</sup> resulta na liberdade concedida ao órgão da Administração em apreciar situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das decisões. Para José Sérvulo Correia<sup>94</sup>, não será, pois, toda e qualquer indeterminação que consubstancia uma margem de livre apreciação. Aqueles conceitos cuja imprecisão ou vagueza é apenas condicionada por uma questão de linguagem, sendo passível de resolução através de raciocínios teóricos-discursivos, ficam fora do seu âmbito. Não são, portanto, considerados pela doutrina como *verdadeiramente indeterminados*<sup>95</sup>. A verdadeira indeterminação surgirá naqueles conceitos que obriga o administrador a um preenchimento valorativo, a uma prévia

---

visado na norma gera o vício de *desvio de poder*. Cfr., José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., pp. 493 e ss; Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume II, op. cit., pp 394 e ss.

<sup>91</sup> Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume II, op. cit., p. 107.

<sup>92</sup> Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., pp. 187-194; José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., pp. 472 e ss.

<sup>93</sup> *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 187.

<sup>94</sup> Cfr. *Legalidade...*, op. cit., pp. 474-475.

<sup>95</sup> Proposta por Rogério Ehrhardt Soares, distingue os conceitos jurídicos indeterminados em duas categorias, quanto à natureza da imprecisão em *conceitos classificatórios* e *conceitos em sentido estrito* ou *conceitos-tipo*. Os primeiros “(...) referem-se a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe, isto é uma soma de acontecimentos substancialmente idênticos”, por isso revelam a esfera da vinculação; enquanto os segundos “apontam para um tipo difuso de situações da vida” pretendendo apenas dar uma “margem significativa” e não se referir à totalidade do grupo de situações. *Direito Administrativo, Lições Curso de Direito do Porto, UCP- Faculdade de Ciências Humanas*, 1980, pp. 52-62.

operação de *valoração* da situação real com base numa prognose, de modo a ultrapassar as incertezas da evolução da situação concreta. Este juízo de prognose, que incidirá sobre “(...) a futura atuação de uma pessoa, sobre a futura utilidade da coisa ou sobre o futuro desenrolar de um processo social” <sup>96</sup>, permitirá a Administração tomar uma posição de entre várias hipóteses causais de desenvolvimento futuro. A margem de livre apreciação não existe, assim, quando decorre de limites de linguagem. Independentemente do que se possa considerar por indeterminação subjacente a uma liberdade de apreciação <sup>97</sup>, conceitos indeterminados e discricionariedade encontram-se em campos separados.

Reportados à previsão da norma, o raciocínio subjacente aos conceitos jurídicos indeterminados não se confunde, portanto, com o realizado na discricionariedade. Se para esta, defendemos que existirá uma abertura normativa que permite ao administrador adicionar elementos aos pressupostos legais que serão determinantes na formação do sentido da decisão, para os conceitos jurídicos indeterminados dizemos que o que está em causa não é determinar o sentido da decisão, mas sim determinar se a norma será ou não aplicável, através de um preenchimento valorativo do preceito. Assim, tanto no exercício da discricionariedade como na valoração de conceitos indeterminados a Administração terá de proceder a um alargamento da previsão normativa só que, no primeiro caso, o aditamento de elementos é feito de forma conjuntiva, ao passo que no segundo é feito de forma disjuntiva <sup>98</sup>. Quer isto dizer que, no exercício discricionário acresce novos pressupostos aos previstos no *Tabestand* de modo a realizar uma ponderação global para determinar a solução correta, enquanto que na avaliação de conceitos indeterminados desdobra-se o referido pressuposto em diversas vertentes típicas da sua concretização, de modo a poder avaliar se ele ocorre ou não na situação concreta.

Embora os conceitos jurídicos indeterminados tendem, maioritariamente, a concentrarem-se na previsão da norma, não lhe são a ela exclusiva. Quando configurados na estatuição da norma, funcionarão como *critério de discricionariedade* <sup>99</sup>. Nesta situação, já não se trata de proceder a um complemento de pressupostos de facto, mas a um modo de exteriorizar uma indeterminação quanto aos efeitos jurídicos <sup>100</sup>. Portanto,

---

<sup>96</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 474.

<sup>97</sup> Face à economia do nosso estudo, não desenvolveremos, com a devida importância que merece, o âmbito da margem de livre apreciação.

<sup>98</sup> José Sérvulo Correia, *Margem...*, op. cit., p. 393.

<sup>99</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 485; Cfr., Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 195.

<sup>100</sup> É também este o entendimento reiterado do STA, “nem todos os conceitos indeterminados são objeto de uma operação de tipo subsuntivo no processo de aplicação da norma. Por vezes, o conceito

não se pretende que haja uma ampliação do campo de aplicação com correspondência no seu conteúdo semântico de forma a verificar uma situação na norma, mas antes, recorre-se um vocábulo impreciso com o intuito de atribuir poderes discricionários. Estamos em crer que, sendo a única situação em que a concessão de conceitos indeterminados surge como forma de atribuição de discricionariedade, é que as teorias defensoras de que ambas as figuras se reportam ao mesmo não devem proceder. Até porque, como vimos, a concretização de conceitos jurídicos indeterminados na previsão não pretende determinar o conteúdo decisório, ao passo que só na estatuição é que tem esse intuito. Os conceitos jurídicos indeterminados apresentam-se assim na estatuição como uma dimensão desdobrável em várias alternativas, dentro do campo de incidência que o preceito recorta, determinando o efeito jurídico aplicável.

Por serem figuras distintas, não se estranhe que no mesmo complexo normativo coexistam conceitos indeterminados na previsão e faculdades discricionárias na estatuição, originando um complexo de *preceitos acoplados* <sup>101</sup>. Aqui o complemento conjuntivo típico da discricionariedade seria precedido pelo disjuntivo inerente à valoração dos conceitos indeterminados; primeiro recorre-se a um juízo de subsunção da situação de facto ao conceito valorado e só depois é que se atua no âmbito da discricionariedade. Nestas situações, a decisão discricionária terá de ser congruente com a concretização realizada no conceito indeterminado, pois a concretização daquela está dependente da verificação da situação naquele.

Do que fica exposto, têm-se que o preenchimento de valorativo de conceitos indeterminados não se conforma numa ponderação a tomar <sup>102</sup> - esta é tarefa que cabe à discricionariedade - mas antes na procura de elementos que determinarão a subsunção da aplicação da norma <sup>103</sup>. No entanto, não deixam de ser duas realidades que comportam o

---

indeterminado não descreve um pressuposto do exercício do poder discricionário, antes desempenha na estrutura da norma a função de indicar o fim a prosseguir ou o critério da discricionariedade”. Foi o caso que o Tribunal considerou a respeito do “interesse nacional” previsto no n.º 1 do artigo 88.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de agosto (revogado pela lei n.º 23/2007, de 4 de julho), aquele preceito “não se descreve os pressupostos (abstratos) aos quais seja possível subsumir dados de facto (...) antes apresenta-se o fim em função do qual se concede o poder discricionário”. (Acórdão de 30 de junho de 2000, Processo n.º 044933. Consecutivamente seguido pelo Acórdão de 7 de fevereiro de 2001, Processo n.º 044852; Acórdão de 9 de julho de 2002, Processo n.º 048438; Acórdão 29 de outubro de 2002, Processo n.º 0271/02 e Acórdão de 27 de março de 2003, Processo n.º 0831/02, in <http://www.dgsi.pt/jsta>).

<sup>101</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 485.

<sup>102</sup> “(...) en el terreno de las consecuencias jurídicas de las normas habilitantes de discrecionalidad no se produce nunca una *subsunción*, sino sólo, por contra, una *ponderación*”. Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa...*, op. cit., pp. 107 a 191.

<sup>103</sup> Nem mesmo tal situação se verifica naqueles casos que o efeito jurídico se encontra no âmbito da vinculação Administrativa. É verdade que após uma valoração no sentido positivo ou negativo do

mesmo objetivo legal - conferir uma margem de livre decisão à Administração - ainda que distintas conceptual e regimentalmente.

## 5. A discricionariedade nas normas impositivas, proibitivas e permissivas

A discricionariedade administrativa, como resultado da existência de alternativas compreendidas no enunciado normativo ou na norma <sup>104</sup>, remete para a compreensão de como podem e em que forma surgir. A sua análise terá de partir da organização tripartida da norma – previsão, *operador deôntico* e estatuição - não bastando a configuração binária que se tem vindo até aqui a tratar. O operador deôntico surge fundamental na perceção unitária da norma, como elo de ligação entre previsão e estatuição, que expressa o sentido deôntico da norma num *modo de dever ser* <sup>105</sup>. Quer isto dizer que os efeitos jurídicos desencadeados, dependem de um elemento que estabeleça a sequencialidade com a previsão e determine o específico sentido de ordenação da conduta. Este sentido ordenador, vertido no operador deôntico, permite repartir as normas jurídicas em razão do respetivo modo deôntico em impositivas, proibitivas e permissivas <sup>106</sup>. São estas as espécies de normas que se encontram nas normas reguladoras da atividade administrativa e, como tal, nas normas atributivas de discricionariedade <sup>107</sup>.

A atribuição da discricionariedade por normas impositivas, apesar de à primeira vista não parecerem suscetíveis de conferir discricionariedade <sup>108</sup>, ocorre quando a

---

preenchimento do pressuposto legal, acabará por ditar sobre o sim ou não da tomada de decisão. Mas voltamos a reforçar novamente que não se está a decidir o caso, mas sim decidir a subsunção do caso à norma. Cfr., José Sérvulo Correia, *Conceitos...*, op. cit., pp. 52-53.

<sup>104</sup> David Duarte, entende que a distinção entre *enunciado normativo* e *norma* releva para “a distinção dos casos em que a discricionariedade administrativa resulta da norma, propriamente dita, relativamente aos que resulta do seu texto (...) no primeiro caso, esta provém de alternativas previstas na norma, já interpretada e despida de roupagem da linguagem, no segundo, a discricionariedade está na própria linguagem e materializa-se em alternativas que decorrem dos termos em que esta se apresenta”. A Discricionariedade Administrativa e a Competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça, O Provedor de Justiça Novos Estudos, obra coletiva, Lisboa, 2008, p. 39.

<sup>105</sup> David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa -A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Volume II, Lisboa, 2004, p. 50.

<sup>106</sup> David Duarte, *A Discricionariedade Administrativa...*, op. cit., pp. 43 e ss.

<sup>107</sup> A distinção baseia-se na amplitude e nas formas de atuação que concretizam a discricionariedade.

<sup>108</sup> Assim o evidencia David Duarte “(...) dado que a imposição de um efeito aparece como uma obrigação positiva relativamente a uma qualquer dependência constante da previsão que faça acionar a norma, pelo o que o modo de imposição não se associa naturalmente à atribuição da discricionariedade”. A Norma..., Volume II, op. cit., p. 441.

estatuição compreende efeitos alternativos que se encontram numa relação de disjunção. É aqui que se enquadra a tradicional *discricionariedade optativa*<sup>109</sup>, onde a norma impõe – através de um operador deôntico de imposição - a escolha de um efeito entre os vários que a estatuição apresenta quando a previsão é preenchida<sup>110</sup>. Claro que uma imposição perante efeitos cumulativos não confere, obviamente, nenhuma liberdade de escolha não sendo, por isso, possível de qualificar como norma atributiva de discricionariedade<sup>111</sup>. O modelo de discricionariedade optativa não apresenta necessidade de grande densificação, uma vez que a disposição da norma permite apenas a escolha entre as alternativas expressamente previstas.

Ainda no quadro das normas impositivas surgem normas que, não obstante definirem para uma determinada previsão um único efeito, atribuem, ainda assim, implicitamente a escolha do efeito jurídico a realizar. Esta configuração de atribuição de discricionariedade apresenta-se naqueles casos que a imposição do efeito é, por si, desdobrável em alternativas que não estão pré-determinadas em termos explícitos na norma. A *discricionariedade criativa*<sup>112</sup>, que aqui se alude, corresponde àquelas situações que os conceitos indeterminados surgem na estatuição da norma, como critério de atribuição de discricionariedade<sup>113</sup>. A estatuição, nestes moldes, é composta por um elemento suscetível de metamorfose de um efeito jurídico geral para um efeito jurídico específico, ou seja, apresenta grau de abertura passível de criação de alternativas pelo o

---

<sup>109</sup> Cfr., José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 479; Bernardo Diniz de Ayala, *O (Défice)...*, op. cit., p. 135. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado, reportam-se a esta como *discricionariedade de escolha*, designação que não acolhemos por representar uma realidade maior do que aquela que se pretende aqui delinear. *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 184; usando também a designação de *discricionariedade de escolha*, José Vieira de Andrade, *Lições...*, op. cit., p. 56.

<sup>110</sup> Exemplo tradicional é o vertido no artigo 47.º n.º 1 do CPA, onde prevê “No ato de delegação ou subdelegação, deve o órgão delegante ou subdelegante especificar os poderes que são delegados ou subdelegados ou os atos que o delegado ou subdelegado pode praticar, bem como mencionar a norma atributiva do poder delegado e aquela que habilita o órgão a delegar” (sublinhado nosso). O enunciado terá na previsão p1: *ato de delegação ou subdelegação* e p2: *o órgão delegante ou subdelegante*; operador deôntico impositivo: *deve*; estatuição de efeitos alternativos e1: *especificar os poderes que são delegados ou subdelegados*, ou (elemento que atribui alternatividade) e2: *especificar os atos que o delegado ou subdelegado pode praticar*. Já o e3: *mentonar a norma atributiva do poder delegado e aquela que habilita o órgão a delegar* aparece como consequência cumulativa com a opção que for adotada. A norma apresenta assim a possibilidade de duas opções: verifica-se p1 e p2 impõe-se e1 e e3 ou se verifica p1 e p2 impõe-se e2 e e3.

<sup>111</sup> Bastava que no exemplo acima, o elemento que concede a alternativa de efeitos fosse substituído por *e*, atribuindo-lhe características cumulativas a e1 e a e2.

<sup>112</sup> *Idem*, loc. cit.; Bernardo Diniz de Ayala, *O (Défice)...*, op. cit., p. 135; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 184.

<sup>113</sup> Que já referimos *supra*, ponto 4, Capítulo I.

aplicador, de modo a escolher aquela que culminará com o conteúdo da decisão administrativa <sup>114</sup>.

No quadro das normas proibitivas, urge proceder à sua análise com alguma cautela, uma vez que o modo proibitivo compreende o preenchimento de uma situação em que o efeito é-lhe vedado. As normas atributivas de discrecionariedade através do modo deôntico proibitivo, ocorrem quando estabelecem uma proibição de efeito único, mas ao mesmo tempo reconhece-se uma permissão implícita de alternativas contrárias ao efeito vedado, gerando assim uma situação de escolha. Podemos até alegar que opera uma *discrecionariedade criativa limitada* na medida em que, apesar de as alternativas de escolha encontram-se balizadas pelo parâmetro vedado pela norma, dentro do seu campo de permissão existem tantas alternativas quanto aquelas que forem permitidas e configuradas pelo aplicador <sup>115</sup>.

A possibilidade de existir uma discrecionariedade optativa no âmbito das normas proibitivas, só pode verificar-se naquelas situações que a norma apresente proibição cumulativa dos efeitos jurídicos estatuídos, permitindo *a contrario*, a sua concretização alternativamente. Haverá liberdade de escolha se da proibição resultar uma permissão, ainda que implícita, de um dos *efeitos disjuntivos* <sup>116</sup>. A compreensão da discrecionariedade no modo proibitivo optativo consagra-se, assim, em termos idênticos aos da compreensão das normas impositivas optativas, pois a permissão de escolha entre alternativas previstas coincide com a permissão implícita de escolher a alternativa oposta à que deriva da proibição. Nestes termos, a norma proibitiva atributiva de discrecionariedade pretende apenas vedar, através do operador deôntico, a conformação simultânea dos seus efeitos <sup>117</sup>. Só assim, se consegue compreender o âmbito da

---

<sup>114</sup> Exemplo típico ocorre naqueles casos em que, verificado determinadas circunstâncias, o órgão administrativo *deve* adotar medidas adequadas – *deve* (operador deôntico impositivo) e *adotar medidas adequadas* (e1). Apesar de apresentar um único efeito, este é desdobrável em *várias medidas* sendo concebíveis alternativamente.

<sup>115</sup> Quando a norma prevê que uma *licença não pode ser atribuída por um período superior a três anos*, temos como operador deôntico proibitivo: *não pode ser* e e1: *atribuída por um período superior a três anos*. É conferida discrecionariedade na medida que se admite todos os períodos inferiores a três anos que pode ser atribuída a licença – e2: um ano e meio, e3: dois anos, e4: dois anos e dois meses, e assim sucessivamente.

<sup>116</sup> É este o entendimento de David Duarte, para quem “o operador de proibição só pode conferir discrecionariedade quando estabelece mais do que um efeito e as alternativas que daí decorrem são disjuntivas (...) [assim] a norma proibitiva confere discrecionariedade quando tem mais do que uma proibição, na medida em que assim confere uma permissão isolada para a conduta que se encontra em cada uma delas”. A Norma..., Volume II, op. cit., p. 448.

<sup>117</sup> Utilizando o exemplo de David Duarte “no enunciado quando é requerida licença de porte de arma de fogo e o requerente é menor não pode a mesma ser conferida para armas de pequeno calibre nem para armas de grande calibre”, não existe autonomia na norma porque é proibido – *não pode* (operador

discricionariedade no seio de normas proibitivas; fora estes casos e salvo melhor opinião, não se afigura possível a existência de liberdade de escolha de efeitos em normas proibitivas.

Como se viu, tanto as normas impositivas como as proibitivas, apresentam-se com modo de obrigatoriedade na escolha de efeitos, que muitas vezes são reportadas sob as vestes de uma mesma realidade que a doutrina tem tradicionalmente designado por *discricionariedade de escolha* <sup>118</sup>.

Paralela à discricionariedade de escolha surge a *discricionariedade de decisão* <sup>119</sup>, que exigirá, primeiramente, uma abordagem pelas normas de modo permissivo. Ainda só a título de esclarecimento adicional, importa salientar que a designação semântica – discricionariedade de decisão - não deve pressupor-se que a partir daqui fica de lado o âmbito da liberdade de escolha. A escolha é inerente à discricionariedade, sem ela não há discricionariedade. A razão de ser desta separação de discricionariedade de escolha e discricionariedade de decisão reporta-se apenas à forma de disposição das várias manifestações da discricionariedade, tanto assim é que as duas figuras formam em conjunto a *discricionariedade de efeitos jurídicos* <sup>120</sup>.

Ao reportarmo-nos a normas permissivas, recai a ilação que esta encontra-se patente em todas as formas descritas de *discricionariedade de escolha* – onde existe sempre a *permissão* de escolha de alternativas. Mas ao contrário destas que dependem sempre do modo de obrigatoriedade dos restantes elementos estruturais normativos – as impositivas e proibitivas - as normas atributivas de discricionariedade, com um operador deôntico permissivo, bastam-se neste independentemente da configuração dos restantes elementos. Deste modo, “(...) são normas particularmente vocacionadas para atribuir

---

deôntico proibitivo) - conferir cumulativa e1: *armas de pequeno calibre* e e2: *armas de grande calibre*. Mas se a norma estabelecer “requerida licença de porte de arma de fogo e o requerente é menor não pode a mesma ser conferida simultaneamente para armas de pequeno calibre e de grande calibre” (sublinhado nosso) já estamos no plano da discricionariedade, uma vez que a lei proíbe conferir e1: *armas de pequeno calibre* juntamente com e2: *armas de grande calibre*, mas permite e1 e e2 isoladamente. A Norma..., Volume II, op. cit., p. 449.

<sup>118</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 323; seguindo o sentido daquele autor, Bernardo Diniz de Ayala, *O (Défice)...*, op. cit., p. 135. Já Marcelo Rebelo de Sousa, André Salgado de Matos e José Vieira de Andrade, reportam-se a *discricionariedade de escolha*, para identificar a discricionariedade optativa. Respetivamente, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 184 e *Lições...*, op. cit., p. 56.

<sup>119</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 323, José Vieira de Andrade, *Lições...*, op. cit., p. 56. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado, designam a mesma realidade por *discricionariedade de ação*. *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 184; tal como Bernardo Diniz de Ayala, *O (Défice)...*, op. cit., p. 134.

<sup>120</sup> José Sérvulo Correia, *Legalidade...*, op. cit., p. 479.



discricionariedade: *permitem* imediatamente (logo no operador deôntico) a opção entre a realização ou não realização do efeito constante da estatuição” <sup>121</sup>. Nestes termos, as normas permissivas conferem autonomia logo no ponto em que estabelecem, para um único efeito, a possibilidade de o concretizar ou não. A um único efeito jurídico pressupõem, ainda que implicitamente, a permissão do seu efeito contrário – agir ou não agir. No entendimento de David Duarte, nestas situações a norma apresenta uma “(...) *imposição* de uma das alternativas que a permissão contém” <sup>122</sup>. Esta afirmação explica-se nos casos que a norma permite a produção de um determinado efeito, mas não obriga a sua realização. O que quer dizer que, se não obriga a sua realização então é porque permite a sua não realização e, como tal, a norma implicitamente impõe ao agente a escolha de uma delas. É nesta linha de pensamento, que parece fazer sentido também a orientação de José Sêrvulo Correia, quando define a discricionariedade de decisão como a concessão de um poder de decisão “(...) sobre determinados efeitos preditos, mas não impostos pela norma serão ou não produzidos no caso concreto” <sup>123</sup>. Quer isto dizer que, se a norma não determina a obrigatoriedade do efeito previsto, a sua não realização é permitida e, conseqüentemente, a conduta do aplicador traduzir-se-á na imposição de um efeito que é admitido *a contrario* <sup>124</sup>.

Também pode surgir neste âmbito, a permissão de mais do que um efeito na estatuição em que, se não forem contrários, a norma permite a adoção das alternativas expressas mais as opções que conformam os seus opostos <sup>125</sup>. É o que o distingue da discricionariedade optativa – quer de imposição quer de proibição – em que há uma

---

<sup>121</sup> David Duarte, A Discricionariedade..., op. cit., p. 44.

<sup>122</sup> A Norma..., Volume II, op. cit., p. 451.

<sup>123</sup> Legalidade..., op. cit., p. 479.

<sup>124</sup> Outro exemplo típico é o plasmado no artigo 46.º do CPA que prevê no seu n.º 1 “Salvo disposição legal em contrário, o delegante pode autorizar o delegado a subdelegar”. A norma apresenta na sua previsão p1: *salvo disposição legal em contrário* e p2: *o delegante, pode* (operador deôntico permissivo) e1: *autorizar o delegado a subdelegar*. A norma apresenta um único efeito jurídico e1, e concede ao órgão o poder de decidir se aquele efeito se realiza, mas não o obriga. O que permite que o órgão competente opte por ~e1: *não conceder autorização para o delegado subdelegar*. Assim, a não concessão de e1 impõe, necessariamente a opção de adotar ~e1.

<sup>125</sup> Pegando novamente no exemplo de David Duarte, “no enunciado o transporte de armas e materiais explosivos ou incendiários, desde que garantidas as condições de segurança necessárias, pode ser autorizado em vias municipais ou em vias nacionais”. Decompondo a norma, têm-se como previsão p1: *o transporte de armas e materiais explosivos ou incendiários* e p2: *desde que garantidas as condições de segurança necessárias, pode* (operador deôntico permissivo) e1: *ser autorizado em vias municipais* ou e2: *ser autorizado em vias nacionais*. A estatuição da norma apresenta assim dois efeitos jurídicos, presumidamente disjuntivos, permitindo as alternativas dos seus contrários ~e1: *não conceder autorização em vias municipais* e ~e2: *não conceder autorização em vias nacionais*. Há, portanto, quatro alternativas possíveis que culminam em quatro diferentes formas de concretização: ou e1 e e2, ou e1 e ~e2, ou ~e1 e e2 ou ainda ~e1 e ~e2.

obrigatoriedade do aplicador limitar a sua escolha ao leque dos efeitos previstos, não concedendo a possibilidade de aplicar conduta contrária se não estiver estatuída na norma. Por isso, quando se fala numa imposição das ações admitidas na discricionariedade de decisão, não se está a pensar na imposição de escolhas expressamente previstas, mas numa imposição que emerge da própria opção do aplicador.

Resulta do explanado que as normas conferem discricionariedade através dos elementos estruturais finais da norma – operador deôntico e estatuição. Sendo que o operador deôntico tornar-se por si determinante nas normas permissivas, ao passo que é na estatuição onde surge as alternativas de escolha que é essencial na concretização das normas de obrigatoriedade. Conclusão que vem reforçar que a previsão não surge como fonte de discricionariedade – ainda que disponha várias situações de forma alternativa não há uma concessão de autonomia na escolha de efeitos à Administração, pois a verificação de uma (ou mais) circunstância conduz a um determinado efeito - mas apresenta-se essencial para o seu exercício.

## CAPÍTULO II

### O PODER DISCIPLINAR NA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO

#### 1. A relação jurídica de emprego público: modalidades de constituição do vínculo

A Administração Pública já não é o que era, modernizou-se, flexibilizou-se, assim como as suas relações laborais.

O fenómeno da privatização <sup>126</sup>, numa fuga constante para o direito privado <sup>127</sup>, levou há rutura do modelo clássico de relação jurídica emprego público. O emprego público começou, não só, acolher elementos do contrato de trabalho, como procede hoje à aplicação, ainda que subsidiária, de institutos e normas do direito laboral comum <sup>128</sup>. Mas esta transformação, com a protagonização do direito privado, não se limitou a uma remodelação do regime laboral público e, trouxe consigo, o contrato de trabalho como forma de constituição de relações jurídicas de emprego com a Administração <sup>129</sup>. Uma evolução há muito admitida pela Constituição <sup>130</sup>, ao estabelecer que os trabalhadores em

---

<sup>126</sup> A privatização da Administração Pública conhece múltiplas facetas, mas no que tange à privatização da relação jurídica de emprego pode assumir diferentes formas. Nomeadamente, na transformação de um serviço público numa organização pública submetida ao direito privado, passando o respetivo pessoal a estar abrangido pelo Direito do Trabalho; a adoção do contrato de trabalho como forma de constituição de relações jurídicas de emprego na Administração, sem que para isso implique a transformação da entidade pública, permanecendo como pública; e em último caso pode se levar ao extremo a substituição do direito público pelo direito privado, passando a aplicar-se apenas o direito laboral. Cfr. Cláudia Viana, *A Laboralização do Direito da Função Pública*, Scientia Iurídica, Tomo LI, Nº 292, 2002, p. 83. Sobre a privatização, vide Paulo Veiga e Moura, *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 327 e ss.

<sup>127</sup> Cfr. Maria João Estorninho, *Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*, Coleção de Teses, Almedina, Coimbra, 1996.

<sup>128</sup> Artigo 4.º da LTFP.

<sup>129</sup> O Governo em 2003, determinou como uma das prioridades na reforma da Administração era exatamente a “(...) expansão do contrato individual de trabalho como instrumento essencial a uma nova administração”. Resolução de Conselho de Ministros n.º 95/2003, Diário da República n. 174/2003, Série I-B de 30 de julho, pp. 4476-4476. Disponível in [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

<sup>130</sup> Solução pretendida desde os trabalhos preparatórios relativos à 1ª revisão constitucional.

O artigo 269.º da CRP, sob a epígrafe regime da função pública não oferece grandes apoios para uma definição material de função pública já que “(...) nele se misturam matérias heterogéneas, desde princípios constitucionais do exercício da função (subordinação ao interesse público, proibição de

regime da função pública são “(...) aqueles que exercem uma atividade para com uma pessoa coletiva pública mediante uma retribuição, independentemente da natureza jus-administrativista ou jus-privatística” <sup>131/132</sup>.

Se é verdade que o legislador constituinte, abriu as portas para a admissão ao recurso do regime privado na contratação de trabalhadores, mostrando que o regime público seria apenas uma das modalidades possíveis de emprego na Administração, certo também é que “(...) o recurso ao direito privado não corresponde a uma sua utilização pura, sofrendo uma necessária coloração pública” <sup>133</sup>. A Administração Pública, ainda quando se serve de instrumentos de direito privado, não é um empregador como outro qualquer, “(...) não está isenta da observância dos princípios constitucionais consagrados no artigo 266.º da CRP que se aplicam a toda a atuação da Administração Pública, seja pública ou privada” <sup>134</sup>. Não consideramos, pois, que as relações constituídas ao abrigo do direito privado, devam ser *ab initio* consideradas relações jurídicas de emprego privado. Enquadrar relações, cujo o vínculo se rege pelo direito laboral aplicável às relações de trabalho no sector privado, no conceito de relação jurídica de emprego público obriga a uma averiguação *in casu* e assumir determinadas características e especificidades que lhe são próprias.

Para Ana Fernanda Neves, a relação jurídica de emprego público é aquela que se estabelece entre um particular e a Administração Pública, tendo como objeto a prestação de trabalho subordinado <sup>135</sup> “(...) com carácter contínuo, a que corresponde uma

---

acumulação de cargos públicos, incompatibilidades) até aos direitos fundamentais dos trabalhadores da Administração Pública”. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume II, op. cit., p. 837.

<sup>131</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume I, op. cit., p. 264. No mesmo sentido, Cláudia Viana, O Conceito de Funcionário Público – Tempos de mudança, Scientia Iurídica, tomo LVI, n.º 312, 2007, p. 613.

<sup>132</sup> Como notam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, a segunda revisão constitucional substituiu a expressão «funcionários e agentes» por «trabalhadores e demais agentes» acabando com a “(...) dicotomia estrutural na relação jurídica de emprego entre «funcionalismo público», regido por um estatuto jurídico especial, e «trabalhadores da Administração Pública», regidos pelas leis gerais do Trabalho”. Constituição Anotada, Volume II, op. cit., p. 839. No mesmo sentido, Ana Fernanda Neves para quem o sentido da substituição de expressões foi o de “explicitar a admissão de trabalhadores em regime de direito privado na Administração Pública”. Relação Jurídica de Emprego Público, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 195. Em sentido diverso, Paulo Veiga e Moura, A Privatização..., op. cit., pp. 50 a 52.

<sup>133</sup> Ana Fernanda Neves, Os “Desassossegos” do Regime da Função Pública, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLI – N.º 1, Coimbra Editora, 2000, p. 60.

<sup>134</sup> Cláudia Viana, Laborização..., op. cit., p. 89.

<sup>135</sup> Enquanto relação laboral, a prestação de trabalho tem de ser desenvolvida sob a forma subordinada. Uma especificidade importante, que permite excluir do âmbito da relação laboral, aqueles que prestam um serviço à Administração Pública mediante a celebração de contrato de prestação de serviço (Artigo 10.º da LTFP e 1154.º do CC). Os prestadores de serviço apenas estão obrigados a um certo resultado, não estando, assim, juridicamente subordinados à Administração, já que a sua execução não se

contrapartida remuneratória, e disciplinada por um mínimo denominador comum jus-publicista”<sup>136</sup>.

Neste sentido, e atendendo à orgânica da Administração, as empresas públicas e as entidades administrativas independentes, que estabelecem as relações de trabalho com recurso ao contrato individual de trabalho<sup>137</sup>, são de integrar no conceito de relação jurídica de emprego público. Pois, fazer uma reflexão sobre o domínio da “atividade de direito privado da Administração Pública alheia a todo o enquadramento jurídico-público (...) é inaceitável”<sup>138</sup>. Dito de outro modo, a Administração não se comporta como um empregador privado genuinamente, devendo garantir a satisfação das necessidades coletivas, o respeito pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Estas especificidades permitem determinar um mínimo denominador comum de regime jus-publicista – que constitui o direito comum do emprego público<sup>139</sup>- presente naquelas entidades e, portanto, as suas relações laborais devem integrar o conceito de relação jurídica de emprego público<sup>140</sup>.

Conclui-se, assim, pela irrelevância da natureza do vínculo que une o particular à Administração, para efeitos de integração naquele conceito de relação jurídica de emprego público. A qualificação como relação jurídica de emprego público é feita *a priori* da constituição da relação, o regime aplicável – público ou privado – é resultado de determinação legal.

Todavia, uma vez que no atual quadro normativo aquelas entidades<sup>141</sup> estão excluídas do âmbito de aplicação da LTFP<sup>142</sup>, propõe-se que seja entendida como relação jurídica de emprego público em *stricto sensu*, aquela constituída sob o escopo de um regime específico de direito público – podendo ainda qualificá-las “como uma relação

---

efetua sob a sua direção. Neste tipo de contratos, o trabalhador deve, assim, prestar a sua atividade de forma autónoma, independente, sendo apenas responsável pelo resultado contratualmente fixado.

<sup>136</sup> O Direito da Função Pública in Tratado de Direito Administrativo Especial, Volume IV, Coordenação Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010, p. 431.

<sup>137</sup> Artigo 17.º do RJSPE e artigo 28.º do RJAEL, artigo 32.º da LQER, respetivamente.

<sup>138</sup> Maria João Estorninho, A Fuga..., op. cit., p. 359.

<sup>139</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, Os “Desassossegos”..., op. cit., p. 65.

<sup>140</sup> Foi este o entendimento do TC, ao considerar que “(...) o regime geral do contrato de trabalho é adotado na Administração Pública com especificidades que, no aspeto imediatamente considerado, traduzem um *acondicionamento publicístico* exigido pela natureza do empregador”. Acórdão nº 155/04 de 16 de março de 2004, Processo nº 187/04 in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>141</sup> Assim como, os gabinetes de apoio dos membros do Governo e dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 1.º da LTFP.

<sup>142</sup> Artigo 2.º, n.º 1 al. b) e c).

laboral especial apenas da perspetiva material” <sup>143</sup> - já que possuem características suficientemente distintas, que permitem autonomiza-las daquelas constituídas por um vínculo privado <sup>144</sup>. Serão, pois, as relações que são constituídas sob um “vínculo de emprego público” <sup>145</sup>.

O vínculo de emprego público pode revestir várias modalidades <sup>146</sup>, sendo o contrato de trabalho em funções públicas a modalidade-regra <sup>147</sup>. Ao contrário da anterior legislação <sup>148</sup>, em parte alguma a LTFP dá noção ou define sequer o que se entende por contrato de trabalho em funções públicas. Para Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar o contrato de trabalho em funções públicas é um “acordo bilateral pelo o qual se estabelece uma relação de trabalho subordinado entre uma pessoa física e algum dos órgãos ou serviços públicos abrangidos pela presente lei, da qual resulta o trabalhador a obrigação de prestar o seu trabalho sob autoridade, direção e disciplina de entidade empregadora pública e o dever de esta processar e pagar a remuneração previamente definida ou acordada” <sup>149</sup>. O contrato de trabalho em funções públicas é, em princípio, celebrado por tempo indeterminado <sup>150</sup>, o que demonstra ser uma solução lógica uma vez que os trabalhadores devem assegurar a continuidade dos serviços de forma a satisfazer as suas

---

<sup>143</sup> José Manuel López Gómez, *La Relación Laboral Especial de Empleo Público – Estudio de su régimen jurídico tras el estatuto básico del empleado público*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 138.

<sup>144</sup> Vai no sentido de Ana Fernanda Neves, para quem o conceito de relação jurídica de emprego público “deve ser considerado, em geral, num sentido mais amplo, incluindo todas as relações estabelecidas com uma pessoa coletiva pública, em que um indivíduo disponibiliza, mediante remuneração, a sua atividade intelectual ou manual, sob a direção e autoridade de um seu órgão ou órgãos e cuja disciplina jurídica, podendo ser jus-laboralística ou jus-administrativista, assenta um mínimo denominador comum de regime jus-publicista”. *O Contrato de Trabalho...*, op. cit., pp. 147-148.

<sup>145</sup> Artigo 6.º n.º 2 da LTFP.

<sup>146</sup> A lei prevê três modalidades de vínculos de emprego público: contrato de trabalho em funções públicas, nomeação e comissão de serviço (artigo 6.º n.º 3 da LTFP).

<sup>147</sup> Artigo 7.º da LTFP. A LTFP não tipifica que tipo de funções devem estar sujeitas à celebração de contrato de trabalho em funções públicas, o que parece querer deixar claro que se a lei não determinar que tal trabalho tenha de ser prestado em regime de nomeação ou de comissão de serviço – e claro que não devam ser contratados pelo regime do direito laboral comum - o trabalhador será submetido, obrigatoriamente, ao regime de contrato de trabalho em funções públicas. Numa análise, *a contrário*, das respetivas funções que são desempenhadas para os restantes vínculos, é forçoso de concluir que os trabalhadores que exerçam funções predominantemente técnicas, constituíram um vínculo através do contrato de trabalho em funções públicas. Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas*, 1.ª Volume – Artigos 1.º a 240.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 107.

<sup>148</sup> O artigo 9.º n.º 3 da Lei 12-A/2008 de 27 de fevereiro, define o contrato de trabalho em funções públicas como “o ato bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa”.

<sup>149</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 108.

<sup>150</sup> Apesar da LTFP não regular o contrato por tempo indeterminado, tona-se patente ao longo do texto normativo a existência e preferência por este tipo de contrato.

necessidades. Todavia, quando seja justificado “(...) ‘por necessidades transitórias dos serviços’ de duração ‘previsível’ (a termo certo) ou mais ou menos previsível (contrato com termo incerto)” <sup>151</sup>, a lei admite que sejam celebrados contratos a termo certo ou incerto <sup>152</sup>.

A nomeação <sup>153</sup>, que comporta a segunda modalidade de vínculo, corresponde a um ato unilateral da entidade empregadora pública sob a forma de despacho <sup>154</sup>, cuja a eficácia depende de aceitação <sup>155</sup>. Sendo um ato unilateral, a sua formação depende apenas da vontade da Administração <sup>156</sup>. No entanto, os seus efeitos não são produzidos enquanto o trabalhador, através de ato público e sob compromisso de honra <sup>157</sup>, não aceitar. A aceitação é, pois, um ato do nomeado enquanto manifestação de intenção em desempenhar as funções para os quais é nomeado <sup>158</sup>, traduzindo-se numa condição suspensiva de eficácia do ato de nomeação <sup>159</sup>. Ao contrário do contrato de trabalho em funções públicas, o legislador previu para a nomeação quais os trabalhadores que devem reger-se pelo vínculo de nomeação enunciando, não as carreiras, mas as áreas funcionais por ele abrangido <sup>160</sup>. A nomeação, tanto pode assumir carácter definitivo – satisfazendo as necessidades permanentes da pessoa coletiva pública - ou transitório - com a exceção dos trabalhadores em missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes, podem ser nomeados transitoriamente determinados trabalhadores, aplicando-se a estes, por imposição expressa <sup>161</sup>, as disposições da LTFP sobre o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo <sup>162</sup>.

---

<sup>151</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito da Função Pública, op. cit., p. 456.

<sup>152</sup> Artigo 56.º da LTFP.

<sup>153</sup> Artigo 8.º da LTFP.

<sup>154</sup> Artigo 41.º n.º 1 da LTFP.

<sup>155</sup> Tal como o contrato de trabalho em funções públicas, a LTFP não estabelece um conceito de nomeação. No entanto, cremos que continua a definir-se nos termos do artigo 9.º n.º 2 da Lei 12-A/2008 de 27 de fevereiro.

<sup>156</sup> Para José Sérvulo Correia, o contrato distingue-se da nomeação por naquele existir duas vontades de igual valor, enquanto que no ato de nomeação o poder assiste unicamente à Administração, definindo a situação jurídico-administrativa. O ato de aceitação do particular traduz-se apenas “numa declaração de aceitação de um ato já praticado, apenas está em causa a atribuição de eficácia à definição já completada de uma situação jurídico-administrativa”. Legalidade..., op. cit., p. 348.

<sup>157</sup> Artigo 42.º n.º 3 e 43.º n.º 1 da LTFP.

<sup>158</sup> Artigo 42.º da LTFP.

<sup>159</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito da Função Pública, op. cit., p. 445.

<sup>160</sup> Abrange os trabalhadores que cumprem “missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes”, que exercem funções de “representação externa do Estado”, “investigação criminal”, relativas às “informações de segurança”, de “segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional” e de “inspeção” (Artigo 8.º n.º 1 da LTFP).

<sup>161</sup> Artigo 8.º n.º 3 da LTFP.

<sup>162</sup> Artigo 56.º e ss da LTFP.

A comissão de serviço que surge como a terceira modalidade de vínculo de emprego público, tal como a nomeação caracteriza-se por ser um ato unilateral da Administração <sup>163</sup>. O vínculo de emprego público só se constitui por comissão de serviço quando estiver em causa cargos não inseridos em carreiras e para o exercício de funções com vista à aquisição de formação específica, habilitação académica ou título profissional por trabalhador com vínculo de emprego público por tempo indeterminado <sup>164</sup>. O seu regime é regulado pelo regime do vínculo de emprego público de origem e, quando não exista, a regulamentação aplicada é a prevista para os trabalhadores contratados <sup>165</sup>. Contudo, esta aplicação subsidiária é uma remissão para parte do regime, não alterando o título constitutivo em si, nem o regime que lhe está associado, que, no caso dos cargos dirigentes, é o regime do pessoal dirigente <sup>166</sup>. Deste modo, a comissão de serviço para produzir efeitos dependerá de um ato de aceitação.

Da atual legislação, tem-se que, as relações jurídicas sob um vínculo de emprego público emergem do princípio da tipicidade das respetivas modalidades de vínculos jurídicos <sup>167</sup>, sendo que cada um deles apenas pode ser utilizado nas situações e nos termos previstos da lei.

O poder disciplinar dos trabalhadores com vínculo de emprego público regula, comparativamente com o Direito do Trabalho, mais densamente o exercício do poder disciplinar <sup>168</sup> e comporta características específicas, das quais sobressai a estrutura acusatória do direito penal <sup>169</sup>, contraditório <sup>170</sup> e o carácter temporalmente condicionado <sup>171</sup>. Apesar de existir três tipos de vínculo na relação jurídica de emprego público, o exercício do poder disciplinar coloca-se em termos essencialmente semelhantes aos três – realçando: i) é assegurado o direito a audiência e defesa do trabalhador <sup>172</sup>, ii) só pode ser exercido “enquanto vigorar o vínculo de emprego público” <sup>173</sup>, iii) estão sujeitos às

---

<sup>163</sup> Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 112.

<sup>164</sup> Artigo 9.º da LTFP.

<sup>165</sup> Artigo 9.º n.º 2 da LTFP.

<sup>166</sup> O Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Pública foi aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro.

<sup>167</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, *O Direito da Função Pública*, op. cit., p. 442.

<sup>168</sup> A matéria disciplinar vem regulada no artigo 176.º a 240.º da LTFP.

<sup>169</sup> A separação orgânica entre o órgão competente para a instrução e o órgão decisor (artigo 196.º e 208.º da LTFP).

<sup>170</sup> Artigo 32.º n.º 5 da CRP.

<sup>171</sup> Artigo 178.º da LTFP.

<sup>172</sup> Artigo 21.º n.º 10 da CRP. A falta de audiência constitui uma nulidade insuprível (artigo 203.º da LTFP).

<sup>173</sup> Artigo 76.º da LTFP.



mesmas regras prescricionais <sup>174</sup>, iii) apenas lhes são aplicadas as sanções legalmente previstas – tipicidade das sanções disciplinares <sup>175</sup>, iv) regem-se pelas mesmas regras procedimentais.

O poder disciplinar surge enquanto resposta da entidade empregadora à violação dos deveres laborais pelo trabalhador. Contudo, para além dos deveres “gerais” que lhes são comuns <sup>176</sup>, não prejudica a especificação de subdeveres – enquanto deveres especiais inerentes a cada vínculo e correspondentes carreiras - e a concretização de condutas subsumíveis ao comportamento infrator, pelo que serão, complementarmente, fonte de responsabilização disciplinar <sup>177</sup>. Por outro lado, vigorando o princípio do *non bis in idem* (proibição da dupla punição do mesmo facto) não permite que seja aplicada ao mesmo trabalhador mais do que uma sanção por cada infração ou pelas infrações acumuladas que sejam apreciadas num só processo ou em processos apensados <sup>178</sup>. Em qualquer destas situações aplicar-se-á uma só sanção - princípio da unidade da sanção. Importa ainda dizer que os procedimentos disciplinares, comum e especiais <sup>179</sup>, são aplicáveis a qualquer modalidade de vínculo, todavia, o processo especial de averiguações não é aplicável aos trabalhadores com vínculo de comissão de serviço que ocupem cargos de dirigentes ou equiparados <sup>180</sup>.

Tem-se que o exercício do poder disciplinar, será aferido à luz do tipo e conteúdo de vínculo de emprego público, debruçando nas exigências que o cumprimento daquele coloca ao trabalhador e nos limites que a lei impõe. Fora das referências distintivas que apontamos, conclui-se que o poder disciplinar é essencialmente aplicado em termos idênticos a todos os vínculos.

---

<sup>174</sup> Artigo 178.º da LTFP.

<sup>175</sup> Artigo 180.º n.º 1 da LTFP.

<sup>176</sup> Artigo 73.º da LTFP.

<sup>177</sup> Veja-se, p. e., que os Estatuto do Pessoal de Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro, prevê no artigo 34.º sob a epígrafe “deveres específicos” que “Para além dos deveres gerais dos trabalhadores do serviço e órgão em que exercem funções, o pessoal dirigente está sujeito aos seguintes deveres específicos: a) Dever de manter informado o Governo, através da via hierárquica competente, sobre todas as questões relevantes referentes aos serviços; b) Dever de assegurar a conformidade dos atos praticados pelo pessoal do respetivo serviço com o estatuído na lei e com os legítimos interesses dos cidadãos; c) Dever geral de assiduidade e cumprimento do período normal de trabalho, assim como o dever de a qualquer momento comparecer ao serviço quando chamado”.

<sup>178</sup> Artigo 180.º n.º 3 e artigo 199.º da LTFP.

<sup>179</sup> A forma comum - artigo 205.º a 223.º da LTFP – é aplicada subsidiariamente aos processos especiais (inquérito e sindicância – artigo 229.º a 231.º da LTFP – e de averiguações – artigo 232.º a 234.º da LTFP) em tudo o que não tiver especialmente regulado.

<sup>180</sup> Artigo 232.º n.º 2 da LTFP.

## 2. Poder disciplinar enquanto instrumento de garantia da relação jurídica de emprego público

O poder disciplinar <sup>181</sup>, ao lado do poder de direção <sup>182</sup> (e do poder regulamentar)<sup>183</sup>, formam o elenco de poderes do empregador público relativamente ao trabalhador, sujeito de uma relação jurídica com vínculo de emprego público.

O poder disciplinar consiste no poder do empregador público em conformar a conduta do trabalhador à disciplina laboral no âmbito da Administração Pública, bem como de lhe aplicar sanções disciplinares em consequência de infrações disciplinares por ele cometidas <sup>184</sup>. Os trabalhadores são, assim, disciplinarmente responsáveis perante a entidade empregadora aquando a violação de deveres jurídico-laborais <sup>185</sup> decorrentes da relação jurídica de emprego <sup>186</sup>.

É prática tradicional caracterizar o poder disciplinar como um instrumento do empregador público para garantir o bom funcionamento e organização dos serviços da Administração Pública<sup>187</sup>. Nesta linha, refere Carlos Alberto Fraga que a Administração “está constitucionalmente vinculada à realização do interesse público e o poder

---

<sup>181</sup> Que vem previsto no artigo 76.º da LTFP.

<sup>182</sup> Consagrado no artigo 74.º da LTFP.

<sup>183</sup> O poder regulamentar, que tem o seu fundamento no artigo 75.º da LTFP, tem sido reconduzido a uma concretização do poder de direção. Neste sentido, Ana Fernanda Neves, *O Direito da Função Pública*, op. cit., pp. 483-485; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 648-649. Para Maria Palma Ramalho, o poder regulamentar já é de reconduzir, não só ao poder de direção, mas também ao poder disciplinar. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 715-719.

<sup>184</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito da Função Pública*, op. cit., p. 484.

<sup>185</sup> O seu elenco vem previsto no artigo 73.º n.º 2 da LTFP.

<sup>186</sup> Como nota Belén Marina Jalvo, “Desde esta perspectiva existen dos tipos de situaciones, una situación jurídica activa, el poder disciplinario, y outra situación jurídica passiva, la sujeición o responsabilidade disciplinaria”. *El Régimen Disciplinario...*, op. cit., p. 27. O trabalhador é, pois, sujeito passivo da relação jurídica disciplinar.

<sup>187</sup> Neste sentido, Marcello Caetano, *Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1932, p. 25; Luiz Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 2ª edição. Editora Gráfica Portuguesa, Limitada, Lisboa, 1941, p. 241; Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 145-146; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, Parte Geral – Introdução e teoria da lei penal*, Verbo, Lisboa, 2010, pp. 150-151; Carlos Alberto Fraga, *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2ª edição, Petrony Editora, 2013, pp. 23-26.

A Jurisprudência também tende a ir nesse sentido considerando que “no quadro da responsabilidade disciplinar administrativa o poder sancionatório conferido à Administração é reconhecido, por lei, para garantia do bom funcionamento dos seus serviços” Acórdão do TCAN de 10 de maio de 2012, Processo n.º 01958/08.7BEPRT, in <http://www.dgsi.pt/jtca>.

disciplinar é um instrumento de que dispõe para prosseguir com eficácia o serviço público reprimindo os funcionários que não cumpram as suas funções ou abusem destas em detrimento dos fins da Administração”<sup>188</sup>. Assim, o objetivo imediato de tal poder passaria por manter o eficaz funcionamento dos serviços públicos enquanto “(...) condição necessária para o progresso e justiça sociais”<sup>189</sup>.

No entanto, ainda que da decorrência do poder disciplinar resulte efetivamente um “conserto” do funcionamento do serviço, derivado da repressão da conduta dos trabalhadores que incumprem os deveres a que estão adstritos, não nos parece que “o bom serviço” seja o objetivo imediato que caracteriza o poder disciplinar. Defini-lo nestes termos, seria limitar o seu entendimento a uma percepção geral da qual careceria o motivo justificativo que o fundamenta. É nesta medida que de acordo com Ana Fernanda Neves, “(...) centrar a função do poder disciplinar no regular e bom funcionamento do serviço constitui um enunciado genérico, aplicável a realidades várias e, por isso, com escassa compreensão individualizadora”<sup>190</sup>. Até porque, o bom andamento do serviço não é garantido unicamente pelo poder disciplinar, tal função pode ser prosseguida pelos poderes do empregador público em geral, que inclui nesta medida o poder de direção. Se não vejamos, sendo o poder de direção o poder atribuído ao empregador público de fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho, torna-se o seu objetivo determinar e conformar a prestação de trabalho definindo o onde, o quando, bem como quais as tarefas que serão executadas. Ora, essas tarefas, que devem ser realizadas pelo trabalhador<sup>191</sup>, exteriorizam-se através das ordens e instruções dadas pelo empregador<sup>192</sup>, com o propósito de ajustar progressivamente a atividade laboral ao interesse público a prosseguir pelo serviço. Além de que, o poder de direção “permite, também, articular a prestação do trabalhador com as demais prestações de trabalho, assumindo uma feição organizativa”<sup>193</sup> diretamente relacionada com a sua estruturação. Afigura-se, assim, que destas imposições e orientações do empregador surge a necessidade de assegurar e garantir a boa execução do trabalho e, conseqüentemente, contribuir para o melhor funcionamento do serviço. Neste sentido, a respeito do poder de direção do empregador

---

<sup>188</sup> O Poder Disciplinar..., op. cit., p. 25.

<sup>189</sup> Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal..., op. cit., p. 146.

<sup>190</sup> O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p.16.

<sup>191</sup> O poder de direção, tem a correspondente posição de subordinação e o correlativo dever de obediência pelo o trabalhador (artigo 73.º n.º 1 al. f) e n.º 8 da LTFP), que cessa sempre que essas ordens e instruções impliquem a prática de um crime (artigo 177.º da LTFP).

<sup>192</sup> Maria Palma Ramalho, Tratado..., Parte II, op. cit., p. 710.

<sup>193</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito da Função Pública, op. cit., p. 484.

privado, Luís Menezes Leitão salienta que “a atribuição do poder de direção garante assim uma adequada gestão da empresa, possibilitando o seu funcionamento sem perturbações derivadas da falta de autoridade sobre os seus membros” <sup>194</sup>. O mesmo serve dizer que o poder de direção contribui para o bom funcionamento da empresa e este entendimento é aplicável para os serviços da Administração.

Parece-nos que, de facto, o poder disciplinar, ao par do poder direção, terá também como objetivo a boa organização e funcionamento dos serviços da Administração. Mas a característica que o determina e delimita é ter por base uma relação jurídica de emprego e, por isso, trata-se antes de mais de um instrumento de garantia no cumprimento dos deveres e obrigações assumidos no quadro da relação jurídica de emprego, de modo a assegurar os interesses do empregador que daí advêm<sup>195</sup>. Assim, “o concreto exercício do poder disciplinar tem de ser aferido à luz desta, do tipo e do conteúdo da relação jurídica de emprego, das exigências que o cumprimento coloca ao trabalhador” <sup>196</sup>.

O tão aludido “bom funcionamento do serviço” surgirá, assim sendo, como corolário dos poderes do empregador público em geral e não apenas do poder disciplinar em específico.

### **3. O fundamento do poder disciplinar**

O poder disciplinar, enquanto forma de autotutela, concede ao empregador público uma posição de supremacia na relação jurídica de emprego, muitas vezes identificada com uma conotação punitiva face ao trabalhador. Acresce que, apesar de ser reconhecida a sua existência e até a sua necessidade, surgem diferentes posições quanto ao seu fundamento.

Seguindo a esteira de Ana Fernanda Neves, é possível, encontrar duas formulações que constituem tentativas de explicação da razão de ser do poder disciplinar

---

<sup>194</sup> Direito do Trabalho, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 364.

<sup>195</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar, Volume II, op. cit., p. 17.

<sup>196</sup> Ana Fernanda Neves, Procedimento Disciplinar no Emprego Público e Contencioso Administrativo, in Conferências Comemorativas – 10.º Aniversário do TCAS, Organização José Gomes Correia, Lisboa, 2016, p. 506.

– a especificidade da relação jurídica de emprego público e a compreensão institucional  
197.

Quanto à orientação da especificidade da relação jurídica de emprego, procura a justificação do poder disciplinar em critérios próprios relação jurídica de emprego público. Das variantes desta tese, podemos destacar três características que lhe são inerentes: a inexistência de equiparação das partes e o interesse público, a relação especial de sujeição e a base contratualista.

Surge o elemento humano da Administração Pública – trabalhadores – enquanto meio de exteriorizar a vontade das pessoas coletivas que a compõem, o mais importante recurso para levar cabo o interesse público. Este fim que “persegue” constantemente o agir da Administração <sup>198</sup>, não encontra paralelo no direito privado laboral onde o trabalhador prossegue um fim “egoístico”. Deste modo, além da própria “*potestas* natural do Estado” <sup>199</sup>, o interesse público surgiria como elemento de justificação para o poder disciplinar enquanto poder de supremacia e garantia do empregador público. O interesse público enquanto interesse exclusivo dos trabalhadores da Administração <sup>200</sup>, apresenta-se como característica própria da relação dos particulares que a ele fiquem sujeitos, o que leva a considera-lo como elemento integrante de uma relação especial de sujeição com a Administração.

Encontram-se perante uma relação especial de sujeição <sup>201</sup> (ou *relação especial de poder*) <sup>202</sup>, um determinado grupo de pessoas que constituem uma particular relação com o Estado diferente dos demais cidadãos. “A existência da *potestas* da Administração, a dependência, o contacto próximo e a inserção do sujeito na organização administrativa”

---

<sup>197</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>198</sup> Constitucionalmente consagrado no artigo 269.º n.º 1.

<sup>199</sup> Maria Palma Ramalho, Tratado..., Parte II, op. cit., p. 781.

<sup>200</sup> A vinculação exclusiva ao interesse público só afeta os trabalhadores no exercício das suas funções, não podendo esta vinculação limitar ou afetar a vida privada e o exercício de direito fora dela. Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume II, op. cit., p. 840.

<sup>201</sup> Numa análise de precisão terminológica, José Michavila Núñez considera que a figura deveria ser designada por *relação de sujeição especial* e não de relação especial de sujeição. Entende o autor o conceito “especial” tem implicações distintas se tiver a adjetivar a relação ou a sujeição. “Si lo especial es la Relación, el concepto es inútil, pues dice muy poco o nada. Toda Relación es distinta de cualquier otra y predicar de una que es especial, es decir distinta, no añade nada nuevo. Distinto es el caso de adjetivar com el término ‘especial’ como algo singular o particular, que se diferencia de todo lo demás, sino añade algo nuevo. Esse quid *novum* es la intensidad de la sujeción”. Relación Especial de Sujeción en el Sector Crediticio y Estado de Derecho, Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 54, Civitas REDA, Madrid, 1987, pp. 243-268.

<sup>202</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume II, op. cit., pp. 840 e ss. Note-se que a alusão às expressões *sujeição* ou *poder* ressaltam a posição do sujeito na relação de jurídica, quer do lado passivo quer do lado ativo respetivamente.

surgem como características da relação especial sujeição <sup>203</sup>. Todavia, há que ter em conta a pluralidade de formas jurídicas mediante as quais essa inserção pode efetivamente fazer-se <sup>204</sup>. No que se refere à relação jurídica de emprego público, o estado de especial sujeição constitui-se automaticamente, por vontade das partes, formando uma relação mais umbilical com a Administração concretizando-se numa forma peculiar de submissão, num contacto mais direto e imediato e na própria inserção do trabalhador na organização administrativa <sup>205</sup>.

Por contraposição ao estado sujeição geral - estado que todos os cidadãos estão submetidos ao exercício do poder sancionatório geral do Estado <sup>206</sup> - o poder disciplinar pressupõe um poder especial que apenas surgiria com aqueles que prestam o seu trabalho à Administração <sup>207</sup>.

Ora, sendo verdade que o fim do interesse público é adstrito à relação jurídica laboral pública, não nos parece que justifique só por si o poder disciplinar. Em bom da verdade, o poder disciplinar na Administração apresenta-se como um poder potestativo idêntico ao do empregador privado, do qual é alheio à prossecução daquele fim. O mesmo serve para a ausência de posição de igualdade entre as partes, que não é exclusiva da relação com o Estado. Apesar de no direito privado reger o princípio da igualdade das partes nos negócios jurídicos privados, o poder disciplinar no direito laboral comum surge como exceção ao princípio “(...) porque o trabalhador não dispõe de um poder correspondente de reação ao incumprimento do empregador” <sup>208</sup>. Nesta medida, na constituição da relação laboral privada “o trabalhador prefere celebrar um contrato de trabalho, em que se coloca numa posição jurídica de subordinação perante o credor, que é especialmente gravosa do ponto de vista da sujeição disciplinar (...), ele coloca-se, deste modo, numa situação de desvantagem no contrato, mas fá-lo, consciente e

---

<sup>203</sup> “No obstante, también aquí queda pendiente la cuestión de la diversa intensidad de cada una de las relaciones especiales incluídas en esse concepto” Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario...*, op. cit., pp. 74-75.

<sup>204</sup> Maria João Estorninho, aponta como exemplos de relações especiais de sujeição, “as relativas ao funcionalismo público [de origem contratual], prestação de serviço militar [obrigatório – de origem legal] e o funcionamento de serviços prisionais [de origem judicial]. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - Requiem pelo Contrato Administrativo, 1988, pp. 155-156.

<sup>205</sup> Cfr. Frederico A. Castillo Blanco, *Funcion Publica y Poder Disciplinario del Estado*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 97.

<sup>206</sup> Marcello Caetano, *Poder Disciplinar...*, op. cit., p. 35.

<sup>207</sup> Além de que o poder geral punitivo é manifestação do poder jurisdicional do Estado, enquanto que no poder disciplinar “(...) a sua aplicação não é jurisdicional, não é função do Estado que faz justiça, mas do mesmo Estado ou de outro ente público, como partes nas relações que derivam desse particular estado de sujeição”. *Idem*, pp. 35-36.

<sup>208</sup> Maria Palma Ramalho, *Tratado...*, Parte II, op. cit., p. 792.

voluntariamente” <sup>209</sup>. Deste modo, a posição de desigualdade entre as partes é comum quer com o empregador público quer com o empregador privado.

Quanto à relação de especial sujeição, Marcello Caetano <sup>210</sup> apresenta reservas quanto à separação face à sujeição geral. Defende o douto autor que, por existir exatamente uma relação “especial” com a Administração é que o poder punitivo geral prevê a existência de factos criminalmente punidos por virtude dessa mesma relação de subordinação <sup>211</sup>. A relação de especial sujeição não fundamentaria, assim, apenas a existência de um poder disciplinar, mas primeiro todas as relações administrativas gerais, bem como o poder punitivo daqueles casos especiais – *máxime* os crimes cometidos por funcionários públicos. Também, Ana Fernanda Neves, sustenta que a inserção na organização administrativa, numa relação jurídica de emprego, tanto pode ser disciplinada pelo direito laboral público como pelo direito laboral privado <sup>212</sup> e consequentemente uma distinção de aplicação do regime disciplinar face à natureza contratual <sup>213</sup>. Por fim, ainda que possam existir determinadas restrições ao exercício de certos direitos fundamentais dos trabalhadores públicos <sup>214</sup>, os parâmetros jurídicos que as justificam não apresentam disparidades daquelas que são aplicadas à generalidade dos trabalhadores <sup>215</sup>. Neste contexto, a relação especial sujeição não fundamentaria o poder disciplinar da Administração.

Na orientação de base contratualista, atenta-se à relação obrigacional proveniente de contrato celebrado com o trabalhador. O poder disciplinar seria assim uma contrapartida do empregador público de forma a assegurar os deveres e obrigações que o trabalhador voluntariamente se sujeitou. Deste modo, a Administração “dispõe do poder

---

<sup>209</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>210</sup> Poder Disciplinar..., op. cit., p. 36.

<sup>211</sup> Nomeadamente os crimes cometidos nos exercícios das suas funções, a título de exemplo o abandono de funções previsto no artigo 385.º do CP.

<sup>212</sup> O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 21.

<sup>213</sup> Belén Marina Jalvo, salienta que “si pensamos en el personal al servicio de la Administración, junto a los funcionarios – de carrera, interinos, en prácticas – hemos de tener presente la importancia numérica – aunque sólo sea – de los contratados en régimen laboral, que no se consideran afectos a una relación de sujeción especial. Quiebra entonces el recurso a la integración en la organización administrativa para definir la relación de sujeción especial”. El Régimen Disciplinario..., op. cit., p. 75.

<sup>214</sup> Aliás, a caracterização de relação especial de sujeição surgiu exatamente pela necessidade de justificação de restrição de determinados direitos fundamentais, de trabalhadores da Administração. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume II, op. cit., p. 840.

<sup>215</sup> Tais restrições só podem ser efetuadas com base em determinados pressupostos constitucionais, partindo do preceituado do artigo 18.º, tem de existir uma previsão constitucional expressa da respetiva restrição, só sendo justificada pela salvaguarda de um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido e ser tomada em respeito pelo princípio da proporcionalidade. Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição Anotada, Volume I, op. cit., pp. 388-396.

de, não só definir unilateralmente as obrigações a cumprir, mas também do poder de impor por si esse cumprimento (por via do poder disciplinar)”<sup>216</sup>. O poder disciplinar teria, pois, uma fonte obrigacional. Este entendimento peca logo por ter por base um contrato, sendo de conhecimento geral que as formas de constituição de relação de trabalho com a Administração não têm sempre como facto constitutivo um contrato<sup>217</sup>. Por esta razão, o fundamento do poder disciplinar do empregador público não pode ser contratualista.

Quanto à compreensão institucional do poder disciplinar, vê-o como um instrumento de defesa dos respetivos interesses das organizações ou instituições, que incide numa perspetiva funcional-organizativa, legal-funcionalista ou hierárquica<sup>218</sup>.

Quanto à leitura funcional-organizativa, que vê o fundamento disciplinar como uma necessidade para a boa organização e funcionamento do serviço, já expusemos *supra*<sup>219</sup> que este não é o objetivo imediato do poder disciplinar e, não o sendo, por razões lógicas não pode surgir como fundamento do mesmo.

A corrente legal-funcionalista pretende que o poder disciplinar se funda num “sentimento de dignidade corporativa”<sup>220</sup>. Esta visão está associada aos interesses das partes na relação de trabalho, porquanto “as faltas de um recaem sobre todos e todos têm interesse em as prevenir e reprimir”<sup>221</sup> a bem da dignidade profissional. Como sublinha Ana Fernanda Neves, os interesses das partes “(...) não são comuns, nem estão sujeitos a uma comunitarização além do leal cumprimento dos seus «complexos prestacionais»”<sup>222</sup>. Ainda que os interesses do empregador estejam condicionados por interesses públicos corporizados nas atribuições do correspondente organismo ou serviço público, o interesse do trabalhador será antes demais patrimonial<sup>223</sup> e individualista.

Já a perspetiva hierárquica tem se apresentado mais comum entre doutrina nacional. A hierarquia apresenta-se como modelo de organização vertical no seio da

---

<sup>216</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 24.

<sup>217</sup> Veja-se as modalidades de vínculo de emprego publico (artigo 6.º da LTFP) que, apesar de o contrato de trabalho em funções públicas ser a regra (artigo 7.º da LTFP) é admitido a constituição desse vínculo por nomeação (artigo 8.º da LTFP) ou por comissão de serviço (artigo 9.º da LTFP).

<sup>218</sup> Vertentes acolhidas por Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 27.

<sup>219</sup> Capítulo II, Ponto 1.

<sup>220</sup> Marcello Caetano, Poder Disciplinar..., op. cit., p. 38.

<sup>221</sup> *Idem*, p. 37.

<sup>222</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., pp. 35-36.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 36.



Administração, pressupondo a existência de uma especial relação orgânico-funcional <sup>224</sup>. Esta relação caracteriza-se pela supremacia de um órgão ou agente sobre os restantes, aos quais corresponde um dever de obediência <sup>225</sup>. É prática usual relacionar o poder disciplinar com a relação hierárquica sob duas orientações, a primeira entende que o poder disciplinar surge inerente à própria relação hierárquica enquanto *faculdade do superior de punir o subalterno* <sup>226</sup>; para a segunda, o poder disciplinar surge como corolário lógico do poder de direção enquanto garantia da relação hierárquica <sup>227</sup>. Ora, a primeira orientação segunda a qual o poder disciplinar tem como fundamento a própria relação hierárquica, não pode prevalecer hoje em dia, se atendermos ao facto de existirem órgãos investidos do poder disciplinar que são outros que não os superiores hierárquicos <sup>228</sup>. Deste modo, a relação disciplinar surge como “(...) relação exterior à relação hierárquica” <sup>229</sup>, integrada assim numa relação externa de emprego. Neste sentido, aponta Ana Fernanda Neves que da própria relação jurídica de emprego público não se pode retirar “(...) qualquer posicionamento do trabalhador num de entre vários níveis hierárquicos”, já que essa relação “não se organiza a partir de uma estrutura hierarquizada da organização administrativa, não pressupõe [portanto] diferentes níveis de autoridade” <sup>230</sup>. Assim, ainda que possa haver alguma correspondência com a relação hierárquica, o poder disciplinar extravasa-a nestes termos. Diretamente relacionada à hierarquia, surge o poder de direção, visto como “(...) o poder *característico*, porque só *existe* e *existe* sempre na relação hierárquica” <sup>231</sup>. Enquanto poder de emanar comandos vinculativos, quer sejam concretos e individuais (ordens) ou de aplicação generalizada e abstrata para situações futuras (instruções), cabe ao subalterno acatar em respeito ao dever de obediência. Para a segunda orientação, o poder disciplinar seria um instrumento de garantia da eficácia

---

<sup>224</sup> Paulo Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 107-109;

<sup>225</sup> Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, Volume I, op. cit., p. 668.

<sup>226</sup> Cfr. Idem, pp. 640-643; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, op. cit., p. 262; José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, *Noções...*, op. cit., p. 86; Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario...*, op. cit., pp. 51 e 52.

<sup>227</sup> Cfr. Paulo Otero, *Conceito...*, op. cit., p. 139; Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina...*, op. cit., pp. 59-60; Pedro Romano Martinez, *Direito...*, op. cit., p. 660; Luís Menezes Leitão, *Direito...*, pp. 366-367.

<sup>228</sup> Como bem salienta Ana Fernanda Neves, o poder disciplinar pode estar investido ou cargo de um conselho de disciplina ou de um inspetor-geral. *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 31.

<sup>229</sup> José Sérvulo Correia, *Noções...*, op. cit., p. 200.

<sup>230</sup> *O Direito Disciplinar*, Volume II, op. cit., p. 30.

<sup>231</sup> José Vieira de Andrade, *Lições...*, op. cit., p. 97. Adotou o mesmo sentido já empregado por Afonso Rodrigues Queiró “diz-se que tal poder – o poder de direção – é o poder fundamental ou essencial contido na hierarquia administrativa, porque sem ele não pode corretamente falar-se de hierarquia. Onde ele existe, há hierarquia administrativa” *Lições de Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1956, p. 319.

dessas ordens e instruções, de modo a assegurar o seu cumprimento, punindo o trabalhador quando não as cumprisse. Cremos que esta perspetiva apresenta desde início bastantes reservas. Primeiro, a doutrina que postula este entendimento acaba por referir que a ação disciplinar se destina a punir o trabalhador que viole os deveres funcionais a que se vinculou, o que contraria o sentido lógico da corrente que vê o poder disciplinar “acionado” em violação do dever de obediência <sup>232</sup>. Aliás, se o poder disciplinar fosse um instrumento de garantia exclusivo do poder de direção, então todas as infrações disciplinares teriam de dizer respeito apenas às violações das ordens e instruções dadas pelo empregador público, o que tal não acontece <sup>233</sup>. Além do mais, os deveres a que o trabalhador está sujeito nada tem a ver com o poder de direção na medida que não foram pelo empregador estabelecidos, mas sim por lei. O poder disciplinar é, pois, instrumento de garantia do cumprimento dos deveres e obrigações em geral do trabalhador e não apenas das ordens e instruções <sup>234</sup>. Segundo, não se deve recorrer ao poder disciplinar, na sua vertente instrumental do poder de direção, enquanto garantia da relação hierárquica já que o poder de direção não implica sempre uma relação hierárquica <sup>235</sup>. Por fim, não se pode também pressupor que todos os órgãos dotados do poder de direção têm também o poder disciplinar, até porque este pode pertencer a órgãos “(...) desinseridos da estrutura hierárquica do empregador” <sup>236</sup>. Por tudo o que foi exposto, a perspetiva hierárquica nunca poderá perpetuar enquanto fundamento do poder disciplinar.

Tendo até aqui perscrutado sobre as orientações da especificidade relação jurídica de emprego público e da compreensão institucional, cremos que a posição que mais se coaduna com o fundamento do poder disciplinar é a adotada por Ana Fernanda Neves <sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito...*, p. 367 e Pedro Romano Martinez, *Direito...*, op. cit., p. 651.

<sup>233</sup> Além dos deveres gerais, Maria Palma Ramalho refere que no poder disciplinar laboral privado pode haver infrações que sejam “(...) decorrentes da violação de deveres acessórios autónomos da prestação principal e ainda a violação de outros deveres de disciplina e de comportamento no seio da organização, que emanam do poder disciplinar prescritivo”. *Tratado...*, Parte II, op. cit., p. 754.

<sup>234</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 34.

<sup>235</sup> Cfr. Afonso Rodrigues Queiró, *Lições...*, op. cit., pp. 321-322. Neste sentido, Paulo Otero dá como exemplo o que se passa nas relações laborais privadas, onde “(...) apesar de existir um nexo de subordinação fundamentado no poder de direção e no respetivo dever de obediência” não implica “(...) que tal situação se configure juridicamente como vínculo hierárquico”. *Conceito...*, op. cit., pp. 57-58.

<sup>236</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 35. A autora dá ainda a título de exemplo, quando o funcionário “(...) numa situação de mobilidade, pratica infração que põe em causa o cumprimento dos seus deveres e obrigações para com o empregador com o qual mantém o vínculo laboral (não extinto com a situação de mobilidade) e não os deveres e obrigações do empregador cuja direção se encontra ao serviço, num determinado momento, na situação de mobilidade, responde disciplinarmente perante o primeiro. De onde decorre que pode existir poder disciplinar sem poder de direção” (pp. 61-62).

<sup>237</sup> *Idem*, pp. 38-39 e 49.

Segundo a autora, o poder disciplinar do empregador público funde-se na própria relação jurídica de emprego, tendo de ser exercido à luz dos interesses a cargo do empregador e nos limites da relação jurídica de emprego. O empregador é sujeito ativo na relação disciplinar, por força da constituição da respetiva relação de emprego, com um concreto trabalhador. Da relação jurídica de emprego emerge a necessidade de o trabalhador observar a disciplina, delimitada pelos deveres e obrigações assumidos pelo trabalhador com o vínculo laboral e “o facto voluntário que os viola, precisamente por ter o significado de um atentado contra a disciplina, recebe a designação técnica de *infração disciplinar*”<sup>238</sup>. Esta orientação é corroborada pelo entendimento normativo da LTFP <sup>239</sup>, que prevê que o poder disciplinar do empregador público mantém-se enquanto vigorar o vínculo de emprego público, ou seja, com a cessação de tal vínculo a Administração deixa de ter poder disciplinar sobre o trabalhador <sup>240</sup>. Também jurisprudência mais recente confirmou esta posição determinando que “o poder disciplinar tal qual se encontra configurados na LTFP encontra fundamento apenas e só na própria relação jurídica, enquanto esta perdurar” <sup>241</sup>.

Importa só deixar nota que, apesar dos elementos que determinam a especificidade da relação jurídica de emprego público não constituírem o fundamento do poder disciplinar, não significa que tais elementos não sejam determinantes para a existência de um estatuto disciplinar mais denso e com particularidades distintas das que ocorre no privado. Pois, apesar de o modelo de função pública pautar-se pela submissão a um estatuto próprio combinando regras de direito laboral comum continuam a ser, ainda assim, distintos <sup>242</sup>. Não só derivado das exigências que resultam da prossecução do interesse público, como “também não se deve negar que, pelo menos algumas dessas relações jurídicas [relação especial sujeição com a Administração] são caracterizadas por uma vinculação a deveres especialmente agravados” <sup>243</sup>.

Dito isto, consideramos que se a própria relação jurídica de emprego público é o fundamento do poder disciplinar, então todas as especificidades dessa relação surgem

---

<sup>238</sup> Fausto de Quadros, Os Conselhos..., op. cit., pp. 59-60.

<sup>239</sup> Especificamente no artigo 76.º.

<sup>240</sup> Há uma clara aproximação da LTFP ao regime laboral comum exposto no CT, conforme verifica-se na redação e sentido do artigo 76.º da LTFP que corresponde ao que dispõe no artigo 98.º do CT.

<sup>241</sup> Acórdão do TCAS de 18 de maio de 2017, Processo n.º 13029/16, in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>242</sup> Por exemplo, no CT não há uma separação entre a entidade que instrói o procedimento e quem tem o poder disciplinar para aplicar a sanção.

<sup>243</sup> Maria João Estorninho, Requiem..., op. cit., p. 160.

como razão de ser de um processo disciplinar público mais minucioso que o previsto para o direito laboral comum.

#### 4. O fim do poder disciplinar

Ao poder disciplinar é-lhe muitas vezes conotado um fim punitivo, enquanto poder de aplicar sanções de forma a “castigar” o trabalhador pelo incumprimento dos seus deveres e obrigações. No entanto, esta faceta punitiva não o esgota e tão-pouco comporta o seu fim último.

Para Fausto de Quadros, o poder disciplinar apresenta uma finalidade simultaneamente repressiva e preventiva na medida em que “procura prevenir violações aos deveres funcionais, mas também visa conseguir a repressão das infrações disciplinares já praticadas” <sup>244</sup>. No entender de Maria Palma Ramalho, relativamente ao poder disciplinar laboral privado em sentido amplo, comporta a vertente sancionatória e a vertente ordenadora ou prescritiva. A sua componente prescritiva permite ao empregador emitir imperativos de comportamento correlacionados à disciplina dentro da empresa, que ultrapassam a prestação de trabalho *per si* <sup>245</sup>. Estes comandos de “modos de proceder funcionais e organizacionais” <sup>246</sup> podem constituir um instrumento de prevenção da infração, não só anterior a ela - de modo a que o trabalhador cumpra os deveres - como posterior - o trabalhador volte a cumprir esses deveres. Nada impede, pois, ao empregador que perante o incumprimento dos deveres funcionais emita advertências <sup>247</sup> à conduta do trabalhador, ainda que de forma abstrata, afim de evitar situações futuras. Conformariam, assim, num mero aviso sem nunca assumir um carácter de sanção disciplinar <sup>248</sup>, promovendo a adequação da conduta do trabalhador às

---

<sup>244</sup> Os Conselhos..., op. cit., p. 35.

<sup>245</sup> Tratado..., Parte II, op. cit., p. 705.

<sup>246</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 10.

<sup>247</sup> Outrora já previsto em regulamento disciplinar aplicado aos trabalhadores da função pública, era classificada por Marcello Caetano por *penas morais* que tinha como fim “excitar o brio e o amor do funcionário a quem o superior hierárquico chama a atenção para os deslizes consentidos, instigando-o a corrigir-se pelo emprego de maior zelo na exceção dos atos da sua competência” Poder Disciplinar..., op. cit., p. 103.

<sup>248</sup> A título exemplificativo, o Regulamento Disciplinar dos Estudantes da Universidade de Lisboa postula no seu preâmbulo a possibilidade de o instrutor optar “(...) pela conveniência da advertência sem efeitos disciplinares”, apesar de a advertência vir prevista neste regulamento enquanto sanção disciplinar

finalidades da relação jurídica de emprego. Parece ser este o entendimento de Ana Fernanda Neves, para quem o poder disciplinar é não só prescritivo como preventivo <sup>249</sup>.

A doutrina tem, pois, entendido que o que justifica o exercício do poder disciplinar é sobretudo um fim de prevenção.

A prevenção geral visa atuar psicologicamente sobre a generalidade dos trabalhadores, demovendo-os de violarem os deveres funcionais a que estão vinculados sob receio da aplicabilidade e execução da sanção disciplinar <sup>250</sup>. Esta última parte têm uma conotação negativa, ao dissuadir os outros funcionários a praticarem infrações disciplinares <sup>251</sup>: fala-se numa perspetiva de *intimidação* <sup>252</sup>. Quanto à prevenção geral positiva, por um lado faz-se apelo à consciencialização geral da importância do cumprimento dos deveres funcionais e por outro à recuperação e reforço “(...) da confiança da comunidade dos cidadãos nos respetivos serviços públicos” <sup>253</sup>. Neste sentido, alude-se a razões e necessidades de prevenção de *integração* <sup>254</sup>. Não se pode negar nos dias de hoje, a componente preventiva geral inerente ao poder disciplinar <sup>255</sup>, até porque a Administração “precisa” de demonstrar que está empenhada em “prevenir faltas idênticas” <sup>256</sup>, evidenciando o respeito e a seriedade que deve existir no cumprimento dos deveres funcionais prosseguidos e que, não sendo, são alvo de sanção. Isto fará com que os trabalhadores sejam mais diligentes nas suas condutas laborais, evitando que se propague um sentimento de impunidade por incumprimento das suas obrigações.

---

no artigo 5.º al. a). (Regulamento aprovado pelo Despacho n. 64441/201, DR n.º 111/2015, Série II de 9 de junho de 2015 in <https://dre.pt>).

<sup>249</sup> O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., pp. 10-13. A autora ainda refere a componente premial, enquanto “atribuição de ‘recompensas’, de ‘honras’ e no reconhecimento do mérito profissional” nas relações à disciplina dos militares, agentes militarizados e agentes dos serviços e forças de segurança, como meio de prevenção de delitos (pp. 11-12).

<sup>250</sup> Cfr. Eduardo Correia, Direito Criminal, I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 47.

<sup>251</sup> Maria Fernanda Palma, As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, AAFDL, 1998, p. 27, ainda que autora se refira ao direito penal.

<sup>252</sup> A respeito das penas criminais, Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 51.

<sup>253</sup> Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal..., op. cit., p. 148.

<sup>254</sup> Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal..., op. cit., loc. cit.

<sup>255</sup> A doutrina é praticamente unânime, quanto à finalidade geral e especial do poder disciplinar. Mas se para uns o poder disciplinar prevê com a mesma componente tanto a prevenção geral e como a especial (Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal..., op. cit., p. 148, Germano Marques da Silva, Direito Penal..., op. cit., p. 150), para outros a prevenção geral não se concretiza enquanto finalidade do poder disciplinar uma vez que ele se esgota “(...) no asseguramento da funcionalidade, da integridade e da confiança do serviço público” (Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal..., op. cit., p. 170).

<sup>256</sup> Germano Marques da Silva, Direito Penal..., op. cit., p. 150.

No entanto, como há pouco referimos, o poder disciplinar tem como fundamento a relação jurídica de emprego com um concreto trabalhador - o trabalhador com que se estabelece essa relação. Por este motivo a prevenção geral não pode ser vista como finalidade primária do poder disciplinar sendo antes no âmbito da prevenção especial que o poder disciplinar atua <sup>257</sup>.

É na pessoa do trabalhador, que ocorre a principal característica preventiva, quer na sua vertente negativa: onde da aplicação da sanção disciplinar resulta num “mal para o funcionário condenado” <sup>258</sup>, a fim de prevenir que incorra novamente em incumprimento. Quer na sua vertente positiva: visa a recuperação do infrator, motivando-o para a não *reincidência* da conduta <sup>259</sup> e, conseqüentemente, que cumpra os deveres a que se vinculou.

A prevenção especial positiva é, pois, o fim específico do poder disciplinar. De facto, o que o empregador público pretende é que o trabalhador passe a cumprir os deveres e as obrigações. Este entendimento comprova-se na atual LTFP, com a possibilidade de suspensão das sanções disciplinares “(...) quando se conclua que a simples censura do comportamento e a ameaça da sanção disciplinar realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição” <sup>260</sup>. Ou seja, ainda que efetivamente se venha a comprovar que aquela conduta é objeto de sanção disciplinar, o empregador pode optar pela sua suspensão. Tal ocorre se o trabalhador, ao ter conhecimento que tal penalidade lhe será aplicada, demonstre uma propensão para o cumprimento dos deveres e obrigações nas suas condutas futuras conferindo, deste modo, ao empregador público razões fortes para perspetivar que um novo incumprimento não volta a suceder. Desta forma, as sanções disciplinares apresentam um carácter “mais moral e de correção do que repressivo e de coação” <sup>261</sup>, acentuando a tónica na componente pedagógica do poder disciplinar.

Esta ideia de prevenção especial positiva cai, no entanto, quando estiver em causa a sanção extintiva da relação de emprego público – despedimento ou demissão <sup>262</sup> - que é, inclusive, a exceção à possibilidade de aplicação de suspensão. Nos casos em que já não é possível recolocar o trabalhador em situação de cumprimento, por estar

---

<sup>257</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 514.

<sup>258</sup> Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal..., op. cit., p. 148.

<sup>259</sup> Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal..., op. cit., p. 54.

<sup>260</sup> Artigo 192.º, n.º 1.

<sup>261</sup> A. Guimarães Pedrosa, Ciência da Administração e Direito Administrativo, Parte I, 2.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra 1908, p. 294.

<sup>262</sup> Artigo 180.º n.º 1 al. d) e 297.º e ss.

inegavelmente comprometida a subsistência da relação jurídica de emprego <sup>263</sup> é que “a prevenção negativa não comporta senão a cessação da relação de trabalho” <sup>264</sup>. Claro que nestas situações o efeito de prevenção geral extrapola a prevenção especial, na medida em que, exerce um efeito intimidativo relativamente aos trabalhadores no ativo. Mas não se pode esquecer que o que a Administração quer, não é censurar sem mais os seus trabalhadores por comportamentos infratores – senão porque razão o legislador conceberia hipóteses de não aplicação das sanções? Até a própria medida da sanção <sup>265</sup> permite ao empregador, em *ultima ratio*, optar por não punir - mas sim, que o trabalhador infrator tome consciência da “relevância social da sua ação” <sup>266</sup> e que passe a respeitar de forma reiterada os deveres a que está adstrito.

Pelo exposto, a finalidade principal do poder disciplinar não é reprimir e punir as violações do trabalhador, como também não é compensar a administração pelo “dano sofrido” derivado do incumprimento, mas antes que o particular adote uma conduta que vá de encontro com o cumprimento daqueles deveres a que se vinculou: fala-se assim de uma prevenção especial positiva <sup>267</sup>.

## 5. Início e termo da sujeição ao exercício do poder disciplinar

A constituição da relação jurídica de emprego público marca o início da sujeição do trabalhador às exigências disciplinares do serviço e, como tal, o início da sujeição ao poder disciplinar. No entanto, há que indagar em que momento se dá a constituição do vínculo para cada uma das modalidades - contrato de trabalho em funções públicas, de nomeação ou de comissão de serviço.

---

<sup>263</sup> Artigo 187.º da LTFP.

<sup>264</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 513.

<sup>265</sup> Artigo 189.º da LTFP.

<sup>266</sup> Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal..., op. cit., p. 148.

<sup>267</sup> Parece ser este o entendimento acolhido pelo TC ao considerar que “as medidas disciplinares visam a proteção da capacidade funcional da Administração e têm como principal finalidade a ‘prevenção especial ou correção, motivando o agente administrativo que praticou uma infração disciplinar para o cumprimento, no futuro, dos seus deveres, sendo as finalidades retributiva e de prevenção geral só secundária ou acessoriamente realizadas’”. Acórdão n.º 858/2014, de 10 de dezembro de 2014, Processo n.º 360/2014, DR, Série II, de 27 de fevereiro de 2015, pp. 5143-5147.

Para o contrato de trabalho em funções públicas, a tempo indeterminado ou a termo, segundo interpretação da previsão legal, o momento da constituição do vínculo laboral com o empregador público verifica-se na data do início do contrato. O legislador prevê um elenco de menções a constar no contrato dentro dos quais destacamos a data de celebração do contrato e a data de início da sua atividade <sup>268</sup>. Ao diferenciar estas datas, teve em consideração a prática corrente da Administração - celebrar contratos em dia não correspondente ao do início do exercício das funções do trabalhador. Refere a lei que, na falta de indicação da data do início da atividade “(...) considera-se que o contrato tem início na data da sua celebração” <sup>269</sup>. Portanto, o que se quis acautelar aqui foi o momento do começo efetivo do contrato, ou seja, o momento do início da atividade, como garantia e segurança para as partes – percebe-se a solução legal na medida em que “o que interessa à organização administrativa não é um momento formal mas sim o momento a partir do qual se exerce a função em termos efetivos” <sup>270</sup>.

Deste modo, ainda que a celebração do contrato constitua a formalização do vínculo laboral, o exercício efetivo das funções é que determina o momento em que o trabalhador fica sujeito aos deveres-funcionais – concomitantemente, com o início das funções, pode ocorrer violação desses mesmo deveres - devendo considerar-se aí o início da sujeição ao poder disciplinar <sup>271</sup>.

Este juízo assemelha-se ao previsto para a nomeação. A nomeação constitui-se por ato administrativo, mas a sua eficácia está sujeita a uma posterior formalidade que é “(...) indispensável para a perfeição da nomeação” <sup>272</sup>. A aceitação da nomeação constitui, assim, *conditio sine qua non* de eficácia do ato de nomeação <sup>273</sup> e “determina o início de funções para todos os efeitos legais” <sup>274</sup>. Nestes termos, a sujeição ao poder disciplinar inicia-se a partir do momento da aceitação e, portanto, a partir do início das funções.

---

<sup>268</sup> Artigo 40.º, n.º 2 als. e) e f).

<sup>269</sup> Artigo 40.º n.º 3 da LTFP.

<sup>270</sup> Raquel Carvalho, Comentário ao Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 39.

<sup>271</sup> A Lei 58/2008 de 9 de setembro – doravante ED 2008 - revogada pela atual LTFGP previa no seu artigo 4.º, n.º 3 que “os trabalhadores ficam sujeitos ao poder disciplinar desde a aceitação da nomeação, a celebração do contrato ou a posse ou desde o início legal de funções quando este anteceda aqueles atos” redação que a LTFP não manteve (artigo 176.º, n.º 3).

<sup>272</sup> Luiz Lopes Navarro, Funcionários..., op. cit., p. 245.

<sup>273</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito da Função..., op. cit., p. 445.

<sup>274</sup> Artigo 44.º n.º 1 da LTFP.



Quanto à comissão de serviço a sujeição ao regime disciplinar inerente ao vínculo inicia-se desde do momento da aceitação. Contudo – e como veremos de seguida - no caso do trabalhador com vínculo de emprego público de origem, que estando já sujeito ao poder disciplinar, os efeitos disciplinares por factos ocorridos na pendência deste vínculo podem repercutir-se na comissão de serviço.

Do exposto tem-se que, a sujeição ao poder disciplinar só se inicia com a constituição do vínculo de emprego público pressupondo, assim, que só factos praticados em momento posterior a este é que são passíveis de relevar no âmbito da responsabilidade disciplinar.

Factos anteriormente praticados não serão de considerar porque, à partida, não “(...) contendam com as obrigações e os deveres a que o indivíduo passou a estar sujeito com a vigência dessa mesma relação jurídica” <sup>275</sup>. Significa isto que, os comportamentos adotados antes do início do exercício efetivo de funções são irrelevantes do ponto de vista disciplinar, na medida em que, inexistindo a relação jurídica de emprego ao momento da prática dos factos, não incumbe sobre o trabalhador deveres funcionais cuja inobservância pode gerar responsabilidade disciplinar <sup>276</sup>. Para Marcello Caetano, dos factos anteriores seriam de considerar apenas os “factos criminosos” que pudessem “causar uma perturbação no serviço” <sup>277</sup>, projetando-se na própria relação jurídica de emprego a partir da respetiva constituição <sup>278</sup>. Não obstante poderem ter reflexos sobre a relação de serviço, se não existe qualquer relação laboral à altura da prática dos factos, a responsabilidade disciplinar é de excluir. Mas uma coisa é os factos repercutirem-se nos deveres e obrigações laborais, outra coisa é esses mesmos factos repercutirem sobre a própria relação funcional, sem que para isso tenha de assumir carácter disciplinar. É o que acontece quando, do resultado desses factos “(...) impliquem uma impossibilidade

---

<sup>275</sup> O Direito Disciplinar, Volume II, op. cit., p. 90.

<sup>276</sup> Ana Fernanda Neves, *idem*, loc. cit.

<sup>277</sup> Marcello Caetano, Poder Disciplinar..., op. cit., p. 146.

<sup>278</sup> Veja-se o caso em que o trabalhador, ainda antes do início do exercício das suas funções, agide (futuro) superior hierárquico, colega ou subordinado, fora do local de serviço por motivos relacionados com a sua atividade. Para estes casos, prevendo-se a aplicação da pena de suspensão (artigo 186.º al. j) da LTFP), seria de considerar a responsabilidade disciplinar. A não ser que o carácter do trabalhador tenha aperfeiçoado e, face ao tipo de funções exercidas, ao tempo entretanto decorrido e à sua conduta posterior, a entidade empregadora pondere “(...) a conveniência de manter o agente”, mas para tal teria de demonstrar-se “mínima a perturbação causada ao funcionamento do serviço público”. Marcello Caetano, Poder Disciplinar..., op. cit., p. 147.

natural de prestar o trabalho, ou seja, por o trabalhador ter sido condenado em sede criminal ao cumprimento de uma pena de prisão efetiva” <sup>279</sup>.

Outra situação bastante diferente, é se o trabalhador já iniciou as suas funções, mas sem título constitutivo eficaz por lhe faltar “aquela” formalidade essencial. Ana Fernanda Neves, entende que para estes casos a relação jurídica não se dever ter por constituída à data do início das funções, mas sim no momento da formalização do vínculo, isto porque “o trabalhador fica obrigado pelos deveres jurídicos inerentes a uma relação de emprego com a eficácia desta” <sup>280</sup>. Temos de concordar com esta orientação para os casos da nomeação e da comissão de serviço, no entanto, quanto ao contrato de trabalho em funções públicas há que fazer uma ressalva. Como há pouco vimos, a lei faz a distinção entre data de celebração do contrato e a data do início da sua atividade. O que pode acontecer – ou acontece na esmagadora maioria dos casos – é que quando chegar o momento de celebrar o contrato, vem discriminado a data que efetivamente o trabalhador começou as suas funções e, uma vez assinado, a relação tem-se por constituída (retroativamente) a essa data e não à data da celebração do contrato <sup>281</sup>. Nessa medida, factos praticados durante esse período serão tidos em conta para efeitos da responsabilidade disciplinar <sup>282</sup>.

Do que fica dito, em regra, o início da sujeição ao poder disciplinar pressupõe a constituição eficaz de vínculo de emprego público, não relevando para efeitos de responsabilidade disciplinar os factos anteriores à constituição daquele vínculo.

Impõe-se ainda debruçar sobre até quando é possível o exercício do poder disciplinar e, portanto, determinar quando cessa a sua sujeição. A LTFP surge indiscutível quanto ao tempo que perdura o poder disciplinar sobre o trabalhador – “enquanto vigorar o vínculo de emprego público” <sup>283</sup>. Assim, a regra quanto ao término da sujeição ao poder disciplinar “está intimamente ligada à permanência do vínculo funcional” <sup>284</sup>. Quando o

---

<sup>279</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., pp. 502-503.

<sup>280</sup> *O Direito Disciplinar*, Volume II, op. cit., p. 89.

<sup>281</sup> Não esqueçamos que a falta de forma escrita põe em questão a própria validade do contrato em causa e o princípio da legalidade.

<sup>282</sup> Apesar de a lei não antever situações em que o início de funções possa ocorrer antes de verificado a celebração do contrato de trabalho, “(...) o certo é que, se tal suceder, a sujeição à disciplina ocorrerá desde o dia do início de funções, pelo o que seguramente o princípio geral será o de que o trabalhador estará vinculado a respeitar os deveres disciplinares desde a data do efetivo começo da prestação de trabalho”. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 502.

<sup>283</sup> Artigo 76.º, *in fine*.

<sup>284</sup> Este extrato doutrinal é considerado em adaptação à atual previsão legal. Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, 2.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 1989 p. 41.

vínculo cessa, cessa a sujeição ao poder disciplinar. Deste modo, é notório que o trabalhador é responsável disciplinarmente “enquanto serve a função pública e unicamente por factos consumados durante o respetivo exercício” <sup>285</sup>, ficando excluídos os factos posteriores ao vínculo de emprego. Quantos aos factos praticados na pendência da relação jurídica de emprego, importa realçar que, ao contrário da legislação anterior <sup>286</sup>, após a cessação do vínculo, a entidade empregadora já não perseguir nem punir as infrações cometidas pelo trabalhador <sup>287</sup>. O vínculo não é, pois, vitalício <sup>288</sup>. Este entendimento já foi corroborado pelo TCAS ao determinar que “só a alteração (e não já a cessação) da situação jurídico-funcional do trabalhador é que não impede a punição por infrações cometidas no exercício de funções”, desta forma “a aplicação de sanções disciplinares só prevalece na medida e desde que subsista a relação jurídica de emprego público. Cessando essa relação, o empregador público deixa de ter poder disciplinar sobre o trabalhador e, como tal, deixa de ter sobre ele poder sancionatório” <sup>289</sup>.

À luz do regime atual, mesmo que o trabalhador venha a constituir nova relação jurídica de emprego, não pode ser alvo de aplicação de sanções decorrentes de infrações na vigência de relação jurídica de emprego anterior <sup>290</sup>. Pensando até na situação em que o trabalhador, no momento em que decorria processo disciplinar requer, mediante aviso prévio, a extinção do vínculo <sup>291</sup> e venha a constituir posteriormente nova relação jurídica de emprego, nem por isso é de se aplicar tais sanções. Esta interpretação pode trazer alguma perplexidade principalmente em situações que o trabalhador regresse ao mesmo

---

<sup>285</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>286</sup> O artigo 4.º n.º 4 do ED 2008, dispunha que “a cessação da relação jurídica de emprego público ou a alteração da situação jurídico-funcional não impedem a punição por infrações cometidas no exercício da função”.

<sup>287</sup> Numa interpretação *a contrario* do artigo 176.º n.º 4.

<sup>288</sup> O TC já teve oportunidade de se pronunciar que, pese embora a relação jurídica de emprego público seja estável e duradoura, por confronto com a relação jurídica de emprego privado, ela não é vitalícia nem tal vitalidade encontra assento constitucional. “A nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitaliciedade do vínculo laboral da Função Pública. Os trabalhadores da Função Pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral”. Acórdão n.º 4/2003 de 7 de janeiro de 2003, Processo n.º 437/02 e confirmado pelos Acórdãos n.º 154/2010 de 20 de abril de 2010, Processo 117/2009 e n.º 474/2013 de 29 de agosto de 201, Processo n.º 754/13, *in* [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>289</sup> Acórdão de 18 de maio de 2017, Processo 13029/16 *in* <http://www.dgsi.pt>.

<sup>290</sup> A LTFP não reproduziu uma norma idêntica à que constava no artigo 12.º do ED 2008, que previa a aplicação das sanções (à exceção da repreensão escrita) em caso de constituição de nova relação de emprego.

<sup>291</sup> A extinção pelo trabalhador com aviso prévio pode assumir a forma de denúncia ou exoneração, consoante seja titular de um contrato de trabalho ou de nomeação (e comissão) respetivamente. Este tipo de extinção não necessita de consentimento por parte do empregador (Artigos 303.º e ss. da LTFP).

serviço <sup>292</sup> como se nada tivesse ocorrido. Entendimento que traz algum desconforto para Paulo Moura e Veiga e Cátia Arrimar, ao entenderem que a atual redação legislativa pode “tornar de todo irrelevante em termos disciplinares a violação de alguns deveres” uma vez que “basta ao trabalhador por finda a relação de emprego para fugir a qualquer punição” <sup>293</sup>.

No entanto, temos de reconhecer que do ponto vista literal, o atual quadro normativo leva para a impossibilidade de recair sobre o trabalhador, responsabilidade disciplinar por infrações cometidas na vigência da relação jurídica ora extinta. Além de que não se pode pressupor que o pedido de extinção da relação jurídica pelo trabalhador tem como objetivo impedir a possível aplicação da sanção – também “há que atender à hipótese de, tendo sido instaurado procedimento disciplinar, o arguido pode ter interesse na conclusão do processo” <sup>294</sup> e, no entanto, por razões de ordem pessoal ver-se obrigado a pedir a extinção do vínculo.

O mesmo já não acontece para os casos de suspensão do vínculo posterior à prática de infrações. De acordo com a LTFP, durante a suspensão do vínculo “mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes, na medida em que não pressuponham a efetiva prestação do trabalho” <sup>295</sup>. O poder disciplinar do empregador não suspende e, como tal, podem decorrer as diligências procedimentais no âmbito disciplinar. A aplicar-se sanção de suspensão, esta pode produzir efeitos assim que o trabalhador retornar ao serviço – a título de exemplo, após o fim do prazo da licença sem remuneração <sup>296</sup>.

Quanto aos casos de alterações da situação jurídico-funcional – quer por mudança de serviço ou posto de trabalho por mobilidade <sup>297</sup> ou cedência de interesse público <sup>298</sup> – as infrações praticadas até esse momento poderão ser objeto de processo disciplinar, ainda que o poder de aplicação da sanção caiba à nova entidade empregadora, uma vez que é essa que naquele momento incorpora os interesses do empregador público <sup>299</sup>.

---

<sup>292</sup> Outrora, o DL n.º 32:659, de 9 de fevereiro de 1943 que aprova o ED dos Funcionários Cíveis do Estado, postula no seu § único do artigo 4.º, *in fine*, a execução das sanções “desde que o infrator regresse ao serviço ou volte a ser funcionário”.

<sup>293</sup> Comentários..., op. cit., pp. 315-316.

<sup>294</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito da Função..., op. cit., p. 95.

<sup>295</sup> Artigo 277.º, n.º 1.

<sup>296</sup> Artigos 280.º e ss da LTFP.

<sup>297</sup> Artigos 92.º e ss da LTFP.

<sup>298</sup> Artigos 241.º e ss da LTFP.

<sup>299</sup> Artigo 198.º n.º 2 da LTFP “(...) a sanção disciplinar é aplicada pela entidade competente à data em que tenha de ser proferida decisão”. No caso dos trabalhadores em cedência de interesse público, o artigo 242.º n.º 6 e n.º 8, determina que o exercício do poder disciplinar cabe à entidade cessionária,

Por fim, há que fazer uma breve nota relativamente às situações cujo o vínculo é a comissão de serviço. Como já foi apontado <sup>300</sup>, o trabalhador pode ter de um vínculo de origem <sup>301</sup> antes da constituição da comissão de serviço. Nestas situações, a prática de infrações disciplinares na pendência do vínculo de origem não exonera o trabalhador de ser responsabilizado na pendência do vínculo de comissão de serviço. A LTFP determina que para o facto ser qualificado como infração disciplinar, o/s dever/es infringido/s pelo trabalhador tem de ser inerentes às funções que exerce <sup>302</sup>. Deste modo, o legislador pretendeu estabelecer uma relação direta entre a função do trabalhador e os deveres que o seu exercício reclama. Como salientam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar “não são, por isso, lícitas punições que reflexamente se repercutem sobre postos de trabalho cujos deveres gerais ou específicos em caso algum foram violados, pelo que a inerência a que se reporta o preceito em análise determina que se o dever é violado e corresponde a um dado posto de trabalho ou cargo, então é nesse posto ou cargo que o trabalhador deve ser sancionado e não em qualquer outro” <sup>303</sup>. Neste sentido, dir-se-á que um trabalhador que tenha violado deveres laborais durante um cargo de dirigente, não pode ser responsabilizado já em sede do vínculo de anterior, ou seja, os atos ilícitos praticados no exercício de tais cargos não podem “repercutir-se punitivamente sobre a carreira ou posto de trabalho de origem” <sup>304</sup>. Contudo, a regra comporta uma exceção e os factos ilícitos praticados inerentes ao vínculo de origem podem repercutir-se na comissão de serviço. Na sanção da comissão de serviço, está previsto que a mesma pode ser aplicada quer a título principal quer a título acessório <sup>305</sup>. Quanto a esta última, prevê o preceito que “a cessação de comissão de serviço é sempre aplicada acessoriamente aos titulares de cargos de dirigentes e equiparados por qualquer infração disciplinar punida com sanção disciplinar igual ou superior à multa” <sup>306</sup>. Segundo cremos, a norma prevê a aplicação – obrigatoriamente – da cessação da comissão de serviço quer os factos sejam praticados no decurso do exercício de funções daquele vínculo quer tenham ocorrido na pendência de

---

exceto se estiver em causa a aplicação de sanção disciplinar extintiva, que será decidida pela entidade de origem ou em conjunto por ambas.

<sup>300</sup> Ponto 1, Capítulo II.

<sup>301</sup> Uma interpretação extraída do n.º 2 do artigo 9.º da LTFP.

<sup>302</sup> Artigo 183.º sob a epígrafe “infração disciplinar” estabelece que “considera-se infração disciplinar o comportamento do trabalhador, por ação ou omissão, ainda que meramente culposos, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce”.

<sup>303</sup> Comentários..., op. cit., p. 548.

<sup>304</sup> *Idem*, p. 527.

<sup>305</sup> Artigo 188.º da LTFP.

<sup>306</sup> Artigo 188.º n.º 2 da LTFP.

vínculo anterior <sup>307</sup>, sempre que a tais factos seja aplicada sanção igual ou superior à multa. Não esqueçamos que estamos a falar de cargos de dirigente e equiparados onde existe uma confiança pessoal e/ou técnica depositada nos designados <sup>308</sup> para aquele cargo; tendo o trabalhador praticado infração que culmina com sanção igual ou superior à multa no vínculo de origem, entendeu o legislador que há uma quebra dessa confiança para o cargo e, conseqüentemente, cessa o vínculo para o qual foi investido <sup>309</sup>. Parece-nos, pois, ser esse o espírito da lei e, deste modo, os factos praticados antes da constituição do vínculo de comissão de serviço – e durante o vínculo anterior – são tidos para efeitos de responsabilidade disciplinar.

## **6. Procedimento disciplinar: uma garantia do direito de defesa do trabalhador**

Segundo Ana Fernanda Neves, o procedimento disciplinar, “é o conjunto de atos, formalidades e garantias articulados que se ordenam ao apuramento da prática de infração disciplinar e à correspondente decisão sobre a aplicação de uma sanção disciplinar” <sup>310</sup>.

Partindo desde conceito, o procedimento disciplinar é, antes de tudo, um procedimento administrativo <sup>311/312</sup>.

A formalização procedimental assume um papel central em toda a atividade administrativa, porquanto apresenta-se como pressuposto e limite constitucional <sup>313</sup> e “(...) regula a formação das decisões dos órgãos administrativos, o devir antecedente à sua manifestação, a sua forma e instrumentos de comunicação e publicidade, os termos

---

<sup>307</sup> No sentido de a norma apenas estar prevista para os factos anteriores e não os factos durante o vínculo, *vide* Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., pp. 560-561.

<sup>308</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito da Função Pública*, op. cit., p. 450.

<sup>309</sup> “Porque o dirigente foi punido disciplinarmente, entendeu o legislador que deixou de reunir condições para exercer as funções dirigentes”. Raquel Carvalho, *Comentários...*, op. cit., p. 90.

<sup>310</sup> *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., 297.

<sup>311</sup> O artigo 1.º n.º 1 do CPA dá o conceito de procedimento administrativo enquanto “sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública”. *Vide* Diogo Freitas do Amaral, *O Poder Sancionatório da Administração Pública in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Volume I, Coordenação Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida, Almedina, Coimbra, 2008, p. 219.

<sup>312</sup> Salvatore Terranova, *Il Rapporto...*, op. cit., p. 207.

<sup>313</sup> Artigo 267.º n.º 5 da CRP.

da sua impugnação administrativa, as suas modificações e a sua execução” <sup>314</sup>. *Mutatis mutandis*, o procedimento disciplinar é o devir antecedente da decisão do empregador público sobre a aplicação de sanção disciplinar. Neste sentido, será no direito administrativo que encontrar-se-ão as regras de interpretação e integração das normas reguladoras do procedimento disciplinar <sup>315</sup>. Ou seja, ainda que o CPA não preveja uma matriz própria para o poder sancionatório da Administração <sup>316</sup>, será aquele que preencherá os casos omissos enquanto direito subsidiário. Não obstante, o procedimento disciplinar é objeto de influência das normas do processo civil – quanto à confiança no processo <sup>317</sup> - e, principalmente, os princípios gerais do processo penal <sup>318/319</sup>.

A gênese do procedimento disciplinar reside na própria Constituição <sup>320</sup>, enquanto conformação do direito do trabalhador a um *processo* que lhe assegure a sua audiência e defesa <sup>321</sup>. O princípio é o de que “ninguém pode ser condenado sem ser ouvido” <sup>322</sup> - direito de audiência – e sem que não lhe seja assegurado a possibilidade de se defender – direito de defesa. A aplicação de uma sanção disciplinar sem procedimento – e consequentemente sem defesa prévia – seria contrária, àquele direito constitucionalmente protegido <sup>323</sup>. A exigência de um procedimento <sup>324</sup> é, pois, não só uma garantia do direito de defesa e do princípio da presunção de inocência <sup>325</sup> - absorvido do processo criminal -

---

<sup>314</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., 292.

<sup>315</sup> Uma solução prevista pelo legislador no CPA, quando estabelece que “as disposições do presente Código, designadamente as garantias nele reconhecidas aos particulares, aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos administrativos especiais” (Artigo 2.º n.º 5).

<sup>316</sup> Na aceção de Diogo Freitas do Amaral, “o «poder sancionatório da Administração» como o poder público de autoridade, conferindo por lei a uma pessoa coletiva pública, com vista à aplicação de sanções não penais a outros sujeitos de direito, públicos ou privados, através da prática de um ato administrativo”. O Poder Sancionatório..., op. cit., p. 216.

<sup>317</sup> Artigos 165.º a 167.º do CPC, por remissão do artigo 217.º da LTFP.

<sup>318</sup> Artigo 201.º da LTFP.

<sup>319</sup> Como notam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, “a referência aos princípios gerais de processo penal não tem outro significado que não seja reforçar as garantias de defesa do arguido”. Comentários..., op. cit., p. 584.

<sup>320</sup> Artigo 269.º n.º 3 da CRP, conformação do artigo 32.º n.º 10 da CRP.

<sup>321</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, entendem que o direito a audiência e defesa deve “(...) considerar-se direitos fundamentais fora do catálogo, que, nos termos do artigo 17.º, são de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias» constantes do Título II da Parte I, sendo-lhes por isso aplicável o mesmo regime, designadamente o artigo 18.º”. Constituição Anotada, Volume II, op. cit., p. 841.

<sup>322</sup> Frederico A. Castillo Blanco, Funcion Publica..., op. cit., p. 416.

<sup>323</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 298.

<sup>324</sup> O artigo 194.º da LTFP prevê que as sanções apenas podem ser aplicadas após o apuramento dos fatos em procedimento disciplinar.

<sup>325</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 8 edición, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2002, p. 193.

como decorre do direito ao procedimento justo <sup>326/327</sup> e equitativo, como condição de avaliação correta da relevância da conduta do trabalhador <sup>328</sup>.

Nesta medida, o nosso ordenamento jurídico <sup>329</sup> condiciona a validade dos atos administrativos ao cumprimento de determinadas formalidades essenciais que, no caso da falta de procedimento prévio e ausência de defesa, consubstancia numa nulidade insuprível <sup>330</sup>. No entanto, existe uma exceção à obrigatoriedade de procedimento para os casos da sanção disciplinar de repreensão escrita <sup>331</sup>. Segundo Ana Fernanda Neves, esta “ausência” de obrigatoriedade “(..) é explicável pelo facto de, com a exceção da sua relevância para a verificação agravante de reincidência, a censura que consubstancia não produzir outros efeitos jurídicos negativos para a esfera jurídica do trabalhador” <sup>332</sup>. Além de que, a dispensa de procedimento prévio, não afasta a necessidade de ser assegurado a audiência e defesa do trabalhador <sup>333</sup>, nem afasta a possibilidade de aquele usar qualquer meio de prova adequado que possa determinar no sentido da sua inocência. Para tal, deve ser dado a conhecer ao trabalhador concretamente do que está e porque está a ser acusado, apresentando os factos que lhe são imputados e o seu respetivo desvalor jurídico <sup>334</sup> - o direito a ser informado da acusação surge como o primeiro elemento do direito de defesa que condiciona todos os outros, pois ninguém pode defender-se do que não sabe, de que factos é acusado em concreto. Ora, a não obrigatoriedade de procedimento para aquela sanção concede, assim, a possibilidade de não se observar as regras e formalismos previstos para as formas de processos regidos na lei <sup>335</sup>. Mas, o uso de formalidades atinentes ao conhecimento da acusação pelo trabalhador, tal como a possibilidade de a

---

<sup>326</sup> “(...) L'esigenza di legalità, derivante del dovere generale di imparzialità e correttezza, imposto all'Amministrazione (datrice di lavoro), e l'esigenza di rispetto dei diritti del soggetto, alla stabilità e tranquillità nella mansione. Dal concorso di tali esigenze nasce il particolare rigore del principio del giusto procedimento”. Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1994, p. 78.

<sup>327</sup> “A Constituição consagra, no art. 32.º/10, o direito de audiência e defesa a assegurar em ‘quaisquer processos sancionatórios’, incluindo-se nestes, seguramente, os processos disciplinares que são a sua espécie típica. Ora, este direito fundamental de defesa postula um tratamento justo e imparcial do arguido”. Acórdão do STA de 14 de junho de 2005, Processo n.º 0443/05 in <http://www.dgsi.pt>.

<sup>328</sup> Ana Fernanda Neves, *Procedimento Disciplinar...*, op. cit., p. 514.

<sup>329</sup> Assim como no ordenamento jurídico Espanhol (artículo 47.1.e) de la LPACAP).

<sup>330</sup> Artigo 32.º n.º 1 e n.º 10 da CRP, artigo 269.º n.º 3 da CRP e artigo 203.º da LTFP.

<sup>331</sup> Artigo 194.º n.º 2 da LTFP.

<sup>332</sup> *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 299.

<sup>333</sup> O STA já salientou que a dispensa de procedimento “deve ser interpretado de modo a que a celeridade e informalismo aí previstos, respeitem sempre o princípio da audiência e defesa”. Acórdão de 12 de julho de 2007, Processo n.º 0824/026 in <http://www.dgsi.pt>

<sup>334</sup> É uma decorrência do direito ao conhecimento da acusação, regulado no n.º 3 do artigo 213 e artigo 214 e ss da LTFP.

<sup>335</sup> Ou seja, dispensa-se a verificação do artigo 195.º e ss da LTFP.



audiência e a defesa serem sujeitas a forma escrita, redundando na realização de um procedimento simplificado <sup>336</sup>. Há, pois, que desmistificar a ideia que não existe qualquer “tipo” de procedimento – não há, no sentido de obedecer a regras específicas, a formas específicas, de procedimentos que resultarão na sequência de formalidades impostas legalmente – porque, efetivamente, ele existe – há um encadeamento necessário de certas formalidades, tendentes a produzir uma decisão sobre a aplicação da sanção da repreensão escrita. Como já escrevia Marcello Caetano “Pode um processo disciplinar ter sido organizado sumaríssimamente, mas é essencial para a sua validade que se tenha facultado ampla defesa ao arguido: um processo em que o arguido não seja ouvido é insuprivelmente nulo” <sup>337</sup>.

Fora o caso da repreensão escrita, as restantes sanções – multa, suspensão e despedimento disciplinar ou demissão <sup>338</sup> - prosseguem de acordo com o princípio da obrigatoriedade do procedimento disciplinar <sup>339</sup>.

Ao longo do procedimento, a entidade que instrui tem uma atitude procedimental ativa, devendo proceder investigações adequadas e necessárias à preparação de uma decisão legal e justa <sup>340</sup>. A entidade deve, assim, providenciar pela descoberta de todos os fatos relacionados com a infração – segundo o princípio do inquisitório. Entre as diligências que o instrutor deve realizar está a audição do participante e das testemunhas - a qual permite recolher informação, orientar para a recolha de elementos e provas pertinentes para o apuramento da verdade – a junção aos autos do certificado do registo disciplinar do trabalhador <sup>341</sup> e providenciar as medidas adequadas - a título cautelar - para que não haja qualquer alteração do “(...) estado dos factos e documentos em que se descobriu ou se presume existir alguma irregularidade” <sup>342</sup>. No entanto, para Ana Fernanda Neves o princípio do inquisitório surge de uma forma mitigada devido à importância que o princípio do contraditório reveste <sup>343</sup>. Este princípio <sup>344</sup> surge essencial na defesa do trabalhador, permitindo o conhecimento e a faculdade “de intervir no

---

<sup>336</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., loc. cit., no mesmo sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 575.

<sup>337</sup> Manual de Direito Administrativo, op. cit., p. 527.

<sup>338</sup> Artigo 180.º n.º 1 al. b), c) e d) da LTFP. Sendo que é aplicável a sanção disciplinar de cessação da comissão de serviço aos titulares de cargos de dirigentes e equiparados (artigo 180.º n.º 2 da LTFP).

<sup>339</sup> Artigo 194.º n.º 1 da LTFP.

<sup>340</sup> Artigo 58.º do CPA.

<sup>341</sup> Artigo 212.º n.º 1 da LTFP.

<sup>342</sup> Artigo 210.º da LTFP.

<sup>343</sup> *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 381.

<sup>344</sup> Artigo 32.º n.º 5 da CRP.

processo e de pronunciar-se e de impugnar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova” <sup>345</sup>. Mas a sua intervenção não se basta nestes termos, a lei concede-lhe ainda a possibilidade de solicitar ao instrutor que este realize as diligências “(...) consideradas por aquele essenciais para o apuramento da verdade” <sup>346</sup>, bem como a realização de diligências de prova sobre os factos que especificar as testemunhas por ele indicadas <sup>347</sup>. É neste sentido que o princípio do contraditório ganha mais peso, conduzindo a participação do instrutor no procedimento segundo a “vontade” do trabalhador. Aflora-se assim uma correlação do princípio do inquisitório com o princípio do contraditório – o procedimento disciplinar não é um procedimento puramente inquisitório – sendo que o primeiro surge amenizado e, portanto, de forma mitigada devido à influência do segundo.

O procedimento disciplinar visa a busca imparcial e correta da realidade, orientada no sentido da determinação da responsabilidade do trabalhador <sup>348</sup>, mas torna-se incontestável que pretende, acima de tudo, proteger a posição do trabalhador na procura da verdade material. “A Administração (...) não pode, por sua livre vontade, sancionar qualquer facto que considere objeto de infração disciplinar, nem impor a sanção que entender por conveniente, sem que cumpra as normas do procedimento legalmente estabelecido” <sup>349</sup> e, consequentemente, sem que assegure as garantias procedimentais do trabalhador <sup>350</sup>. Os direitos do trabalhador ficariam prejudicados se se admitisse que a Administração pudesse afetar a sua esfera jurídica impondo-lhes uma sanção sem procedimento e, portanto, sem possibilidade de defesa prévia. O direito de defesa e o princípio da presunção da inocência, intrínsecos ao procedimento, consubstanciam o núcleo essencial da proteção jurídica do trabalhador.

---

<sup>345</sup> Carlos Alberto Fraga, O Poder Disciplinar..., op. cit., p. 520.

<sup>346</sup> Artigo 212.º n.º 3 da LTFP. No entanto, o instrutor pode, em despacho fundamentado e quando julgue suficiente a prova produzida, indeferir o requerimento do trabalhador (artigo 212.º n.º 4 da LTFP).

<sup>347</sup> Artigo 216.º da LTFP.

<sup>348</sup> Juan Manuel Trayter, Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992, p. 334.

<sup>349</sup> *Idem*, p. 315.

<sup>350</sup> “(...) las garantías y sistemas de protección se encuentran reforzados por la indubitada aplicación y consideración de los derechos fundamentales”. *Ibidem*, p. 333.

### CAPÍTULO III

## A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## NO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR

### § 1 – Discrecionalidade no procedimento disciplinar

#### 1. A decisão de instauração do procedimento

O procedimento disciplinar tem sempre lugar por iniciativa de um órgão administrativo, na sequência ou não de participação ou queixa <sup>351</sup> de que um trabalhador praticou infração disciplinar <sup>352</sup>.

A participação ou queixa dos factos suscetíveis de constituírem infração disciplinar - anterior à própria fase de instrução – deixou de constituir um dever para os trabalhadores que tenham conhecimento dos mesmos <sup>353</sup>, para passar a ser uma opção, portanto, uma ação facultativa <sup>354</sup>. É de notar que, caso a prática de uma infração disciplinar possa constituir simultaneamente um crime, a denúncia deste último é

---

<sup>351</sup> A lei quis claramente expor duas realidades distintas quando se refere a “participação” e a “queixa”. Para Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar a diferença “(...) radica na pessoa que participa (que não é lesada pela conduta ilícita do trabalhador) ou se queixa (a qual pressupõe que quem comunica a infração é direta e imediatamente lesada pela mesma)”. Comentários..., op. cit., pp. 594-595.

<sup>352</sup> Artigo 206.º n.º 1 da LTFP.

<sup>353</sup> O DL n.º 23/84 de 16 de janeiro previa no seu artigo 46.º n.º 2 que “os funcionários e agentes devem participar infração disciplinar de que tenham conhecimento” (sublinhado nosso). Este dever consubstanciava na participação obrigatória sempre que tivessem conhecimento de factos suscetíveis de constituir infração disciplinar. Com a formulação do estatuto introduzido pela Lei 58/2008 de 9 de setembro, a participação ou queixa passou a ser facultativa, eliminando a anterior obrigatoriedade (artigo 40.º). Redação que se manteve na atual LTFP.

<sup>354</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, entendem que esta solução é desconforme à prossecução do interesse público, temendo os autores “(...) que a ausência desta obrigatoriedade, associada à ‘ameaça’ decorrente do n.º 6 do presente artigo [206.º], conduza a que a generalidade dos trabalhadores públicos opte por nem sequer dar notícia da ocorrência de uma infração disciplinar aos superiores hierárquicos”. Comentários..., op. cit., p. 595. Todavia, cremos que o n.º 6 daquele preceito, não deve ser entendido como “ameaça” ao trabalhador participante ou queixoso, mas um fator dissuasor de queixas e participações resultantes de “intrigas” pessoais a fim de comprometerem, desnecessariamente, a posição do outro trabalhador.

obrigatória quando tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas  
355.

Recebida a participação ou queixa e caso se verifique que o órgão que a recebeu não tem competência para instaurar o procedimento disciplinar, é remetido ao órgão competente para o efeito <sup>356</sup>. A competência para instaurar ou mandar instaurar o procedimento cabe a qualquer superior hierárquico <sup>357</sup>, ainda que este não seja competente para aplicar a sanção <sup>358</sup>; enquanto que a competência para instaurar contra dirigentes máximos do serviço compete ao membro do Governo respetivo <sup>359</sup>.

A separação orgânica entre o órgão que instaura e o órgão que decide – e também da entidade que instrói/acusa - vai buscar raízes do modelo essencialmente acusatório da jurisdição penal <sup>360</sup> como garantia da independência e imparcialidade do procedimento <sup>361</sup>. Mas o procedimento disciplinar, apesar de apresentar uma separação no plano material – fases do procedimento – não apresenta uma separação orgânica-subjetiva tão marcada como aquela que se rege o processo penal. O órgão competente para instaurar o procedimento disciplinar tem também a competência para nomear o instrutor <sup>362</sup> - o qual conduz o procedimento e procede à investigação do apuramento da prática da infração – que, no final, apresentará a proposta de decisão ao órgão decisor <sup>363</sup>. Este, por sua vez, adere no todo ou parte essa proposta ou, caso não concorde deve fundamentar suficientemente a sua decisão <sup>364</sup>. Formalmente, o órgão que instrói e o órgão que decide

---

<sup>355</sup> Ainda que seja dirigida ao Ministério Público ou aos órgãos da polícia criminal (artigo 242.º n.º 1 al. b) do CPP).

<sup>356</sup> Artigo 206.º n.º 2 da LTFP.

<sup>357</sup> A regra comporta uma exceção, quando esteja em causa faltas injustificadas por trabalhador, durante cinco dias seguidos ou 10 interpolados, o respetivo superior hierárquico não manda instaurar o procedimento, mas participa o facto ao dirigente máximo do serviço, cabendo a este a competência para instaurar ou não o procedimento disciplinar (artigo 206.º n.º 3 e n.º 4 da LTFP).

<sup>358</sup> Artigo 196.º n.º 1 da LTFP.

<sup>359</sup> Artigo 196.º n.º 2 da LTFP.

<sup>360</sup> Hoje, a estrutura do processo penal português não é um sistema acusatório pleno, sendo comportado por elementos de estrutura inquisitória – a fase de inquérito que cabe ao MP rege-se pelo princípio do inquisitório e a fase de julgamento que cabe ao Juiz rege-se pelo o princípio do acusatório – daí que hoje vigora um modelo misto. Cfr., Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 31-32.

<sup>361</sup> O STA pronunciou-se no sentido da violação do princípio da imparcialidade quando a mesma pessoa acumula competência para a instrução e para a decisão. “A imparcialidade do julgador é, sem sombra de dúvida, condição da eficácia da defesa do arguido, que ficará comprometida se aquele não agir com objetividade e isenção. (...) Dito isto, é de toda a evidência que a estrutura acusatória do processo disciplinar, assente na separação entre a entidade que acusa e a entidade que decide é incompatível com a possibilidade de o instrutor/acusador ser, também julgador, ainda que por integração em órgão colegial”. Acórdão de 14 de junho de 2005, Processo n.º 0443/05 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>362</sup> Artigo 208.º n.º 1 da LTFP.

<sup>363</sup> Artigo 219.º n.º 1 e n.º 3 da LTFP.

<sup>364</sup> Artigo 220.º n.º 4 da LTFP.

são distintos, não podendo este último intervir na atividade daquele <sup>365</sup>. Todavia, a separação dos órgãos é, em todo caso, relativa uma vez que o órgão decisor tem na atividade do instrutor a sua base decisória, assim como aquele pode concentrar em si também a competência para instaurar o procedimento e, consequentemente, competência para escolher o instrutor <sup>366</sup>. Como se vê, o princípio do acusatório surge imperfeito no procedimento disciplinar. Assim o é, não só por o órgão decisor poder designar o instrutor, como o facto de o instrutor dever ser escolhido entre os trabalhadores do mesmo órgão ou serviço <sup>367</sup> - seria de exigir que o instrutor estivesse fora da dependência hierárquica do serviço do órgão decisor de modo a não comprometer a objetividade do procedimento - sem prejuízo de que o órgão decisor não lhe poder dar ordens ou instruções ou por qualquer outra forma intervir na sua atividade.

Note-se que a lei prevê a competência para instaurar o procedimento disciplinar por qualquer superior hierárquico, mas a competência para não instaurar já não cabe a qualquer superior hierárquico. A decisão de não instaurar o procedimento cabe ao órgão competente para aplicar a sanção <sup>368</sup> e, se não se concentrar no mesmo órgão a

---

<sup>365</sup> Evidenciando a separação dos órgãos Salvatore Terranova salienta que “(...) non possono partecipare alla fase deliberativa a pena di nullità i membri dela commissione che anno riferito all'ufficio del personale o svolto indagini”. Il Rapporto..., op. cit., p. 217.

<sup>366</sup> Ao contrário do que acontece em processo penal onde existe “(...) uma espécie de duelo judiciário entre acusação e a defesa, disciplinada por um terceiro, o juiz ou o tribunal, que, ocupando uma posição de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo, nem condenar para além da acusação”. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal I, 4.ª edição, Editorial Verbo, Lisboa, 2000, p. 59.

<sup>367</sup> Artigo 208.º n.º 1 da LTFP. Sem prejuízo de, em casos devidamente justificados, recorrer-se a trabalhadores de outros órgãos ou serviços (artigo 208.º n.º 2 da LTFP). Como salientam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, uma situação que justificaria o recurso a trabalhadores de outro órgão ou serviço seria no caso “(...) quando naquele serviço não haja trabalhadores que preencham os requisitos enumerados no n.º 1 do presente preceito”. Comentário..., op. cit., p. 598.

<sup>368</sup> Artigo 207.º n.º 1 e n.º 4 da LTFP. São competentes para aplicar a sanção o dirigente máximo do órgão ou serviço e a estes o membro do Governo respetivo (artigo 197.º n.º 2 e n.º 3). No entanto, no caso da sanção de repreensão escrita a competência para aplicar a sanção cabe também aos superiores hierárquicos, pelo que não há qualquer remissão de decisão para o dirigente máximo (artigo 197.º n.º 1 da LTFP).

No caso das autarquias locais, associações e federações de municípios, bem como os serviços municipalizados, a competência para aplicar as sanções cabe aos correspondentes órgãos executivos, bem como dos conselhos de administração de acordo com artigo 197.º n.º 4 (sublinhado nosso). A questão reside da possibilidade de fazer uma interpretação ampla dos órgãos executivos para a competência de aplicação de sanção - Presidente da Câmara e Câmara Municipal. cremos que esta interpretação não deve prevalecer, até porque admitir uma tal interpretação consubstanciava numa “indiferença” de aplicação da sanção por um “órgão” singular e um órgão colegial, o que para efeitos decisórios não é o mesmo. A possibilidade de o Presidente da Câmara aplicar sanções disciplinares já foi averiguada pelo STA em recurso pelo Município do Porto. Alegava o recorrendo que sendo o Presidente da Câmara um verdadeiro órgão autárquico detendo da competência para decidir todos os assuntos relacionados com a gestão e direção dos recursos humanos afetos aos serviços municipais, nos termos da al. a) do n.º 2 do artigo 35 do RJAL, o poder de aplicação de sanções disciplinares seria, por essa razão, indissociável. O Tribunal não deu razão ao recorrente, referindo que apesar de o Presidente da Câmara deter funções executivas, ele não é “um órgão *de iure* do município, sendo a Câmara Municipal o único órgão executivo do município referido na lei” – os órgãos

competência para instaurar e para aplicar a sanção, então os factos indiciados devem ser submetidos à apreciação do órgão competente.

Com o conhecimento da prática de infração “(...) o órgão competente deve valorar a relevância disciplinar e consistência dos factos e [ponderar] a possibilidade de instaurar o procedimento disciplinar” <sup>369</sup>. Nesta valoração, o órgão competente toma uma das seguintes decisões: i) não instaurar o procedimento ou ii) instaurar o procedimento disciplinar. Havendo uma dualidade de escolha quanto ao sentido da instauração do procedimento, importa, pois, averiguar *se e em que medida* esta decisão de instaurar encontra-se no âmbito da discrecionariedade administrativa.

O enunciado normativo dispõe o seguinte “assim que seja recebida participação ou queixa, a entidade competente para instaurar procedimento disciplinar decide se a ele deve ou não haver lugar” <sup>370</sup>. Ora, desdobrando o preceito temos que p1: *recebida participação ou queixa* e p2: *a entidade competente para instaurar procedimento disciplinar*, operador deôntico: *decide* e1: instaurar o procedimento (*deve haver lugar*) ou (elemento que atribui alternatividade) e2: não instaurar o procedimento (*não deve haver lugar*).

De acordo com Carlos Alberto Fraga por o legislador não ter “(...) utilizado qualquer termo ou expressão [“pode” ou “poderá” <sup>371</sup>] que concede à Administração um poder discrecionário de instaurar ou não o procedimento disciplinar é manifesto que esse poder não existe” <sup>372</sup>. Com o devido respeito, somos forçados a discordar deste entendimento. Primeiro, entender que a discrecionariedade só pode ser concedida através de termos como “pode” ou “poderá” incide numa visão que tem apenas no operador deôntico a essência da determinação da concessão de discrecionariedade – o operador deôntico é determinante, de facto, mas para a determinação do modo deôntico da norma – além de que, baliza a concessão de discrecionariedade naqueles termos que, mais não

---

representativos do município são a assembleia municipal e a câmara municipal de acordo com artigo 5.º n.º 2 do RJAL e conforme o artigo 250.º da CRP – pelo que, apesar de a doutrina vir a qualifica-lo como um verdadeiro órgão municipal, ele ainda não recebeu essa qualificação da lei. “Não pode afirmar-se, como afirma o recorrente, (...) que do poder de decidir todos os assuntos relacionados com a gestão e direção dos recursos humanos afetos aos serviços municipais, decorre, inevitavelmente, a sua competência para aplicar sanções disciplinares aos funcionários e agentes desse serviço”. Acórdão de 13 de fevereiro de 2008, Processo n.º 0426/07 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>369</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 344.

<sup>370</sup> Artigo 207.º n.º 1 da LTFP.

<sup>371</sup> Termos usados pelo o autor em parágrafo anterior.

<sup>372</sup> O Poder Disciplinar..., op. cit., p. 474. Na altura o autor analisa o artigo 41.º n.º 1 do anterior estatuto – ED 2008 – mas para o estudo em causa, é de considerar esta posição uma vez que a LTFP manteve a mesma redação.

são do que uma das várias formas semânticas de atribuir discricionariedade. Segundo, a ser assim, a concessão de discricionariedade apenas limitar-se-ia às normas permissivas, ficando fora do seu âmbito as normas impositivas e proibitivas que, como já foi visto no estudo *supra* feito <sup>373</sup>, não é o que acontece.

A discricionariedade administrativa parte de uma análise normativa, onde o operador deôntico surge como determinante para a qualificação das normas como impositivas, proibitivas ou permissivas. Aqui, o operador deôntico “decide” caracteriza-se por um modo de dever ser impositivo e a disposição de efeitos alternativos disjuntivos impõe que se escolha um dos efeitos. Quer isto dizer que o órgão competente não pode deixar de se pronunciar sobre a participação ou denúncia que recebe <sup>374</sup>. Assim, a decisão sobre a instauração do procedimento traduz-se num ato que se impõe independentemente do seu sentido.

Cremos, pois, que a norma concede discricionariedade ao órgão competente para decidir se instaura ou não instaura o procedimento - verificando-se p1 e p2 impõe-se a escolha de e1 ou e2 – atribuindo-se, assim, discricionariedade optativa através de uma norma impositiva.

É de salientar que a análise da norma é a primeira etapa para averiguar se existe ou não discricionariedade administrativa. Existindo, segue-se a análise de como à escolha do efeito, no âmbito da discricionariedade, se procede. Por isso, argumentos que recorrem aos princípios como igualdade, proporcionalidade e imparcialidade não podem ser tidos na perspetiva de a Administração deter ou não poder discricionário <sup>375</sup> - porque este é a norma que o concede - mas sim como limites, legalmente impostos, no seu exercício.

Atribuindo discricionariedade na instauração do procedimento disciplinar, permite ao órgão competente realizar uma ponderação “(...) da pertinência dessa instauração à luz da respetiva unidade ou eficácia e dos valores e finalidades do poder disciplinar” <sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> Ponto 5, Capítulo I.

<sup>374</sup> Sob pena de responsabilidade disciplinar do órgão competente que se extrai do artigo 128.º n.º 5 do CPA.

<sup>375</sup> Recorrendo a estes princípios sobre a admissibilidade da discricionariedade, *vide* Carlos Alberto Fraga, O Poder Disciplinar..., op. cit., pp. 475 e ss.

<sup>376</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 346. No sentido da discricionariedade sobre a instauração do procedimento disciplinar, *vide* Carlos Fernandes Cadilha, Direito Disciplinar da Função Pública - Alguns tópicos *in* Elementos de apoio à preleção aos auditores do curso de formação de juizes dos tribunais administrativos, Policopiado, 9 de maio de 2003, pp. 3-4.

A decisão não incide apenas numa “apreciação face à factualidade descrita saber se há ou não indícios da prática de infração disciplinar” <sup>377</sup>, nem se afigura qualquer disposição legal que assim o indique. Existindo indícios de tal infração não é, *per si*, fundamento obrigatório para instaurar o procedimento disciplinar <sup>378</sup>. A LTFP vem estabelecer que “o direito de instaurar o procedimento disciplinar prescreve no prazo de 60 dias sobre o conhecimento da infração por qualquer superior hierárquico” <sup>379</sup>. Este preceito vem reforçar a possibilidade de não se instaurar o procedimento disciplinar mesmo existindo infração disciplinar, não porque a norma concede discrecionariedade – não concede, apenas estabelece que em caso de não instauração o procedimento prescreve em 60 dias – mas porque o próprio legislador prevê a possibilidade de havendo infração disciplinar o procedimento não ser instaurado e, conseqüentemente, atribui-lhe um prazo de prescrição para salvaguarda do trabalhador. Se a intenção do legislador fosse a obrigatoriedade de instauração do procedimento disciplinar, então assim o teria expressamente previsto como previu para o processo disciplinar especial de averiguações – “quando um trabalhador com vínculo de emprego público tenha obtido duas avaliações do desempenho negativas consecutivas, o dirigente máximo do órgão ou serviço instaura, obrigatória e imediatamente, processo de averiguações” <sup>380</sup> (sublinhado nosso) – ou então tinha estabelecido alguma consequência jurídica para o órgão competente pela não instauração do procedimento quando os factos consubstanciam uma infração disciplinar. Assim, existindo infração disciplinar pode o órgão decisor decidir pela não instauração do procedimento. Dir-se-á que aquela consequência jurídica está prevista para os titulares de cargos de dirigentes, aos quais é aplicado a sanção de cessação da comissão de serviço a título principal quando “não procedam disciplinarmente contra trabalhadores seus subordinados pelas infrações de que tenham conhecimento” <sup>381</sup>. Cremos que, do preceito não se pode retirar da expressão “não proceder disciplinarmente” como uma obrigatoriedade de instaurar o procedimento aquando o conhecimento de toda e qualquer infração. Se assim fosse, significava que a sua vinculatividade ou a sua discrecionariedade

---

<sup>377</sup> Carlos Alberto Fraga, O Poder Disciplinar..., op. cit., p. 472.

<sup>378</sup> Assim como referia Ivone Cacciavillani, “carattere, invece, peculiare e qualificante del procedimento disciplinare è la discrezionalità del suo promovimento, pur in presenza di una notizia, anche circostanziata e precisa, di illecito anche grave”. Il Diritto..., op. cit., p. 46. No mesmo sentido Luís Vasconcelos Abreu, “(...) o princípio da oportunidade significa que a Administração não tem o dever de perseguir disciplinarmente todas as infrações”. Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As Relações com o Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1993, p. 52.

<sup>379</sup> Artigo 178.º n.º 2 da LTFP.

<sup>380</sup> Artigo 232.º n.º 1 da LTFP.

<sup>381</sup> Artigo 188.º n.º 1 al. a) da LTFP.



estaria dependente de *quem* conheceu a prática da infração, ou seja, se a prática da infração fosse do conhecimento de um superior hierárquico, este teria o poder de decidir de instaurar ou não; ao passo que se fosse do conhecimento do dirigente este já seria obrigado a instaurar. Aceitar um tal entendimento seria colocar o trabalhador numa situação de incerteza, ficando a sua responsabilidade disciplinar à mercê de quem, primeiro, tivesse dela conhecimento <sup>382</sup>. Deste modo, a leitura de Ana Fernanda Neves parece-nos ser a mais adequada, “não basta que o dirigente deixe de proceder disciplinarmente face a infração de que tenha conhecimento, exige-se que o faça de forma infundada, sem que interceda fundamento legítimo” (sublinhado nosso) <sup>383</sup>. Como iremos expor de seguida, o poder de decidir sobre a instauração, ou não, do procedimento é limitada às situações para as quais a infração cometida culmine na possível aplicação de sanção de repreensão escrita, multa ou de suspensão. Assim, a não instauração de “forma infundada” que colocaria o dirigente numa situação de responsabilidade disciplinar seria, por exemplo, no caso em que tivesse conhecimento de uma infração que poderia resultar na inviabilidade da manutenção do vínculo de emprego público, mas, ainda assim, decide não instaurar. A consequência não reside sobre a decisão de não instaurar face ao conhecimento de toda e qualquer infração, mas sim quando o seu fundamento não seja legítimo. Isto vem reforçar o entendimento de que há um dever de decidir e de fundamentar a decisão de não instauração do procedimento quando haja conhecimento da prática de infração.

Vislumbra-se, assim, que a decisão de não instaurar o procedimento disciplinar possa ter ou um fundamento legal ou um fundamento de inconveniência e inoportunidade do procedimento disciplinar <sup>384</sup>. No primeiro caso, quando há ausência dos pressupostos normativos para instaurar tal procedimento, fundado na inexistência de infração disciplinar por os factos não integrarem qualquer violação de deveres ou a sua própria

---

<sup>382</sup> A título de exemplo, suponha-se que é recebido queixa de trabalhador que tenha cometido uma infração que consubstancia na aplicação da sanção de repreensão escrita. Se fosse do conhecimento do superior hierárquico este poderia decidir se instaura ou não o procedimento – uma vez que tem competência para decidir não instaurar (artigo 197.º n.º 1 da LTFP) – se fosse do conhecimento do dirigente este apenas podia tomar uma decisão – instaurar o procedimento.

<sup>383</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 348.

<sup>384</sup> Parece ser este o entendimento do TCAN, “(...) a Administração quando determina o arquivamento não instaurando qualquer procedimento disciplinar poderá fazê-lo com motivação de dois tipos. Por um lado, pode arquivar por entende que os factos participados ou denunciados não integram ou podem ser qualificados como ilícito disciplinar e, nessa medida, não existe fundamento para a abertura daquele procedimento. Pode, por outro lado, arquivar por considerar que, pese embora os mesmos factos constituam ilícito disciplinar, necessidades e interesses superiores do serviço aconselham, todavia, decisão naquele sentido”. Acórdão de 28 de setembro de 2006, Processo 00121/04.0BEPRT in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

prescrição; no segundo, pela inconveniência ou inoportunidade daquele procedimento em face dos interesses do serviço público <sup>385</sup> e do fim do poder disciplinar <sup>386</sup>.

Deste modo, se se apurar, *ab initio*, que os factos participados não integram qualquer infração disciplinar, então não faz sentido - nem é conforme com a lei - que se instaure um procedimento disciplinar <sup>387</sup>. Evita-se assim “(...) a existência de um procedimento sancionador com os correspondentes efeitos desagradáveis e gravosos para o presumível culpado” <sup>388</sup>.

Quanto aos casos de juízos de oportunidade e conveniência, o órgão competente não está desprovido de critérios que permitam diferenciar quando é legítimo instaurar e quando não é. A sua escolha não fica sob a alçada do puro arbítrio, onde a Administração possa escolher a seu bel-prazer a decisão sem qualquer fundamento jurídico <sup>389</sup>. Assim, o órgão competente terá em consideração, não só os critérios gerais previstos para cada sanção disciplinar, como também a natureza, a missão e as atribuições do órgão ou serviço, ao cargo ou categoria do trabalhador, a sua personalidade e todas as circunstâncias em que a infração tenha sido cometida <sup>390</sup>. Além disso, não esqueçamos que a ponderação do órgão está sempre balizada por princípios gerais da Administração Pública – igualdade, imparcialidade e proporcionalidade – pelo interesse público e pelo fim da prevenção especial positiva do poder disciplinar.

Parece-nos, pois, legítimo que mesmo havendo infração disciplinar o órgão competente possa decidir por uma solução alternativa à instauração do procedimento

---

<sup>385</sup> O STA tem o entendimento de que “A Administração dispõe da faculdade de instaurar ou não procedimento disciplinar, conforme a avaliação que faça quanto ao dano que para a Administração resulte dessa instauração”. Acórdão de 19 de outubro de 1995, Processo n.º 032609 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>386</sup> Ivone Cacciavillani, parte da ideia que a decisão de não instaurar surge do equilíbrio dos interesses da organização e da posição do trabalhador – “i criteri di tale valutazione sono tipicamente di opportunità, sia generale che speciale, in relazione al momento o in considerazione della posizione del soggetto da sottoporre al procedimento. La decisione di non avviarlo nel singolo caso non può che essere la conclusione del bilanciamento tra vantaggio dell'aggregazione, di affermare la «giustizia interna», o di ignorare il fatto per evitare il disdoro associativo che dalla celebrazione potrebbe derivare all'aggregazione”. *Il Diritto...*, op. cit., p. 47. No mesmo sentido, Marcello Caetano “é que, ao contrário da repressão penal que deve ser exercida sempre que se verifique a existência de um crime, a repressão disciplinar só tem lugar quando, segundo o critério dos chefes, a vantagem da punição do funcionário seja maior para a boa ordem do serviço do que o esquecimento da falta”. *Poder Disciplinar...*, op. cit., p. 44.

<sup>387</sup> A sua fundamentação não pode, pois, basear-se em juízos de oportunidade e conveniência uma vez que nesta situação é aferida segundo um juízo de estrita legalidade.

<sup>388</sup> Juan Manuel Trayter, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 317.

<sup>389</sup> “Na busca da solução justa para o caso concreto, a discricionariedade não equivale a arbítrio; é uma discricionariedade de acordo com a finalidade da realização da justiça”. Germano Marques da Silva, *Curso...*, op. cit., p. 76.

<sup>390</sup> Aplicam-se assim os mesmos critérios para a decisão de instaurar os previstos para a medida das sanções disciplinares, vertidas no artigo 189º da LTFP.

tendo em conta as particularidades e especificidades do caso. Se ponderada a “gravidade da infração”, a “ausência de registos disciplinares anteriores” <sup>391</sup> e a personalidade do trabalhador, mediante discussão dos factos, aquele assuma o compromisso de correção em eliminar a ofensa e adequar o seu comportamento às exigências a que está legalmente vinculado <sup>392</sup>, o órgão competente pode decidir pela sua não instauração. O encontro de outra solução alternativa à instauração permite recompor de forma mais rápida e eficiente a conduta do trabalhador <sup>393</sup> sem que para isso seja necessário desencadear um procedimento disciplinar <sup>394</sup>. Ressalva-se, não está em causa defender uma possível impunidade, mas sim dar uma resposta alternativa que atenda à segurança jurídica, eficiência <sup>395</sup> e à razoabilidade <sup>396</sup>, fornecendo um resultado rápido e justo para o trabalhador e para os interesses da Administração. Diga-se, aliás, que tal solução, realiza o próprio fim do poder disciplinar – o fim de prevenção especial positiva – porque o que a Administração quer é que o trabalhador volte a cumprir os seus deveres funcionais e, se existir uma forma “menos onerosa e mais eficiente” <sup>397</sup> para o conseguir, então ela deve ser adotada. Desta forma, tendo o órgão competente fortes razões que perspetive que um novo incumprimento não volta a suceder ele pode decidir não instaurar o procedimento <sup>398</sup>.

---

<sup>391</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 346.

<sup>392</sup> No fundo, defende-se que é de admitir o termo de ajustamento de conduta, figura que é adotada no ordenamento jurídico brasileiro, presente na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 sobre Ação Civil Pública no artigo 5.º, 6 § “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (sublinhado nosso).

<sup>393</sup> Léo da Silva Alves refere que “o ajustamento de conduta é exatamente o caminho pelo o qual a Administração poderá se valer para redesenhar o comportamento do servidor faltoso, corrigindo, com maior rapidez e eficácia, sua conduta inadequada, devolvendo a regularidade ao serviço público, sujeitando ao compromissário, caso a conduta ensejar em dano erário, a possibilidade de recompor os prejuízos causados”. Estudos de Direito Disciplinar, Livro Novo, São Paulo, 2011, p. 39.

<sup>394</sup> Segundo o TCAS “desde logo, não é líquido (bem pelo contrário) que o superior hierárquico, perante o incumprimento dos deveres funcionais por parte de um subordinado seu, entendendo que tal atuação não atingiu a gravidade para merecer o despoletar de um processo disciplinar mas convencido, no entanto, que merece uma reação para ser alterada, não possa dar um comando, ainda que abstrato, para levar o funcionário ao cumprimento dos seus deveres”. Acórdão de 20 de abril de 2006, Processo n.º 02713/99 in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

<sup>395</sup> Quer o princípio da eficiência, quer o princípio da economicidade, quer o princípio da celeridade surgem enquanto subprincípios do princípio da boa administração (artigo 5.º n.º 1 do CPA).

<sup>396</sup> Artigo 8.º do CPA.

<sup>397</sup> Léo da Silva Alves, Estudos..., op. cit., nota 12, p. 27. Numa passagem anterior, na mesma nota, o autor salienta que este instrumento – termo de ajustamento de conduta – obriga o trabalhador a “assumir outra postura”, e que “a solução, usada com metodologia e responsabilidade, mostra-se geralmente mais eficaz do que a instauração de complexo processo, cujo o resultado nem sempre atende ao interesse da sociedade”.

<sup>398</sup> Neste sentido Léo da Silva refere que “o ajustamento de conduta é ‘uma solução que decorre do encontro da vontade do agente com o interesse da Administração. O servidor admite seu erro, e a

“Considerando o gravame que acompanha o procedimento disciplinar e um melhor exercício do poder disciplinar, justificar-se-ia previsão legal alternativa à respetiva instauração” <sup>399</sup>, ficando aquele sobrestado pelo tempo fixado para o trabalhador produzir a atuação corretiva. Com o incumprimento do compromisso no prazo ou na forma estabelecida para a conduta assertiva, dar-se-ia prosseguimento ao procedimento disciplinar. Assim, não só se evitava passar *à priori* por um complexo e temerário procedimento como se poderia dele socorrer mediante necessidade justificativa pela não adequação de conduta do trabalhador.

Todavia, é necessário ter alguma cautela, não podendo toda e qualquer infração ficar adstrita de instauração do procedimento disciplinar. Se na ponderação da participação ou queixa, prever-se que tal infração pode consubstanciar na inviabilidade da manutenção do vínculo de emprego público – sendo a pena a aplicar a demissão ou despedimento – deve ficar de fora a possibilidade de não instauração, uma vez que “(...) o inconveniente da não procedência e da não punição são sempre maiores do que arguidas vantagens associadas à invocação da conveniência ou oportunidade” <sup>400</sup>. Este entendimento vai no sentido subjacente ao da suspensão da sanção disciplinar - a sua aplicação para os casos de despedimento ou demissão não é permitida – apenas é admitido para as penas de repreensão escrita, multa e suspensão <sup>401</sup>. cremos que, se por um lado não é de admitir a suspensão da sanção para aqueles casos, então não será possível a decisão de não instauração do procedimento disciplinar para esses mesmos casos <sup>402</sup>.

Além desta situação que surge como limite para a decisão de não instauração, também os próprios princípios gerais de toda a atividade administrativa consubstanciam em si limites à discrecionalidade da decisão.

O princípio da igualdade obriga a uma valoração objetiva, no sentido da aplicação da norma independentemente da pessoa do seu destinatário, de forma a impedir

---

Administração o ganha de volta, mais consciente dos seus deveres e mais apto para o ofício”. Estudos..., op. cit., p. 40.

<sup>399</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 357.

<sup>400</sup> *Idem*, p. 353.

<sup>401</sup> Artigo 192.º n.º 1 da LTFP.

<sup>402</sup> Contudo, este entendimento comporta uma exceção. O artigo 297.º n.º 3 al. g) da LTFP prevê que constitui infração disciplinar que inviabiliza a manutenção do vínculo quando o trabalhador dê cinco faltas seguidas ou dez interpoladas sem justificação, dentro do mesmo ano civil. Todavia, recorde-se que nestas situações a competência para instaurar ou não instaurar cabe ao dirigente máximo do órgão do serviço (artigo 206.º n.º 3 da LTFP). E nesta medida, a lei prevê que o dirigente possa ouvir o trabalhador antes da tomada da decisão e caso considere, do ponto de vista disciplinar que a sua ausência é justificada mediante prova de motivos a ela atendíveis, determina o arquivamento da participação e, portanto, decide pela não instauração do procedimento.

discriminações arbitrárias. Assume, portanto, uma conotação negativa, impedindo decisões de não instauração do procedimento sem qualquer fundamento material. Mas numa situação em que o direito é dominado pela discrecionariedade administrativa a igualdade perante a lei tem forçosamente de conhecer abertura suficiente para considerar que a mesma infração pode dar origem a tratamentos diferentes em função do seu autor. “É sabido como o grau de exigência aumenta à medida em que se vai progredindo na escala hierárquica, visto que se entende que essa subida deve ser acompanhada por um melhor conhecimento quer dos respetivos deveres, quer da importância do seu cumprimento” <sup>403</sup>. Não deve ser valorado de forma igual a situação que consubstancia a mesma infração por um trabalhador na carreira de técnico superior ou por um trabalhador em comissão de serviço por tudo o que este vínculo implica <sup>404</sup>. Do mesmo modo, o resultado da ponderação da situação do trabalhador que nunca cometeu violação dos seus deveres funcionais não pode ser a mesma daquele que apresenta uma conduta reincidente.

Atendendo a este princípio no exercício do poder disciplinar, o STA pronunciou no sentido de que não chega, por vezes, a situação-funcional do trabalhador ser diferente para se considerar, logo, que estamos perante situações distintas. Tem de se atender ao próprio circunstancialismo que rodeou o facto que consubstanciou na infração disciplinar. “(...) Tratar desigualmente diversos administrados não será forçosamente violar o princípio da igualdade, se afinal se estiver a tratar de modo desigual o que e no que é efetivamente desigual. Em suma, não é exigível uma parificação absoluta no tratamento das situações, mas apenas ‘o tratamento igual de situações iguais entre si e um tratamento desigual de situações desiguais’, devendo as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais justificar-se sempre, no mínimo, por um qualquer fundamento ou razão de ser que não se apresente arbitrário ou desrazoável” <sup>405</sup>. Admitir o “contrário, ou seja, o tratamento igual daquilo que é diferente, é que representaria uma violação do princípio da igualdade” <sup>406</sup>. Deste modo, o princípio não proíbe distinções, o que proíbe são medidas que conduzam a discriminações, à formação de desigualdades.

---

<sup>403</sup> Luís Vasconcelos Abreu, *Para o Estudo...*, op. cit., pp. 61-62.

<sup>404</sup> Veja-se que a lei prevê sanção disciplinar de cessação da comissão de serviço para aqueles que “não procedam disciplinarmente contra os trabalhadores seus subordinados pelas infrações de que tenham conhecimento (artigo 188.º n. 1 al. a) da LTFP). Mostra-se que existe uma responsabilidade acrescida por parte dos trabalhadores em comissão de serviço - não encontra paralelo para os restantes vínculos laborais uma tal sanção com base nesta fundamentação – resultante do próprio cargo de confiança pessoal que lhe é inerente.

<sup>405</sup> Acórdão de 8 de março de 2018, Processo n.º 04/17 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>406</sup> Luís Vasconcelos Abreu, *Para o Estudo...*, op. cit., p. 62.

Inquestionável é que a igualdade perante a lei, proclamada pela própria Constituição <sup>407</sup>, é também igualdade na aplicação da lei, mas o que se busca é a proibição do arbítrio como conformação de uma justiça material do caso concreto.

Determinando a situação específica a não instauração do procedimento, nem por isso é de supor que o órgão competente fica *ad eternum* vinculado a tomar a mesma situação perante situações iguais. “Se o princípio da igualdade obrigasse a Administração nos termos rigorosos que temos vindo a descrever o poder discricionário desta ficava sujeito à «regrado precedente» que a vincularia a adotar, doravante, em todas as situações iguais que se lhe deparassem, o mesmo comportamento ou critério que pautara na sua atuação no primeiro caso decidido. (...) Quando as situações iguais são apreciadas administrativamente em momentos diferentes no tempo, deverá reconhecer-se-lhe a possibilidade de mudar o seu critério” <sup>408</sup>. Não pode, pois, admitir-se que o princípio da igualdade tenha um efeito de transformação da discricionariedade administrativa numa competência vinculada à primeira decisão de não instauração, ficando imune à mutação dos condicionalismos <sup>409</sup>. Obviamente que, tal entendimento, não será admitido se entre as duas situações iguais não mudar a conceção sobre *o que é e qual é* a finalidade do poder disciplinar bem como o modo de prosseguir o interesse público num determinado contexto institucional.

Por sua vez, o princípio da imparcialidade proíbe que o órgão decisor tome decisão com base em favoritismos e perseguições arbitrárias <sup>410</sup>. Daí, que a fundamentação da decisão de não instauração “(...) revelará, expressa ou implicitamente, se, no exercício do seu poder discricionário, o órgão administrativo se motivou por razões alheias ao interesse público legalmente protegido (faceta negativa) ou se não ponderou adequadamente todos os interesses concretos juridicamente protegidos presentes no caso que lhe cabe decidir (faceta positiva)” <sup>411</sup>. Desta forma, deve ser demonstrada as

---

<sup>407</sup> Artigo 13.º da CRP.

<sup>408</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 327.

<sup>409</sup> Como refere Bernardo Diniz de Ayala, “trata-se, no fundo, da repercussão do tempo nas relações jurídicas (...) nestes casos em que o tempo se repercute nas relações jurídico-administrativas em moldes que legitimam a adoção de soluções diversas, o dever de fundamentação expressa dos atos administrativos ganha importância acrescida, pois só com base nessa fundamentação será possível ajuizar da relevância da alteração de circunstâncias no processo decisório da Administração”. O (Défice)..., op. cit., p. 233.

<sup>410</sup> Artigo 266.º n.º 2 da CRP e artigo 9.º do CPA.

<sup>411</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 333.

circunstâncias dirimentes ou excludentes da decisão de instauração do procedimento disciplinar, até como salvaguardada do próprio órgão decisor <sup>412</sup>.

Como se averiguou, a discrecionalidade na instauração do procedimento apresenta limites *para e no seu* exercício: i) associação entre a competência de instaurar e a competência para decidir relativamente à decisão negativa; ii) exclusão da possibilidade de não instauração de condutas passíveis de serem punidas por sanção disciplinar expulsiva; iii) ponderação da decisão de não instauração, ainda quando a conduta consubstancia numa infração disciplinar, à luz da respetiva utilidade ou eficácia e do fim do poder disciplinar ; iv) exigência de uma fundamentação suficientemente estruturada que demonstre e justifique a decisão de não instaurar o procedimento <sup>413</sup>.

Na senda do que se tem vindo a expor, percebe-se o motivo de designar a discrecionalidade da instauração do procedimento disciplinar comum como uma “discrecionalidade vinculada” ou sob o “princípio da oportunidade temperado” <sup>414</sup>. Não no sentido de estar vinculada a normas e princípios que surgem transversais a toda a atividade discrecional da Administração – só por isso ela é considerada *vinculada* <sup>415</sup> - mas no sentido de, fora isso, estar submetida a certos condicionalismos próprios do exercício do poder disciplinar.

Situação diferente é a que rege a instauração dos procedimentos disciplinares especiais de inquérito e sindicância. A norma estabelece que “os membros do Governo e os dirigentes máximos dos órgãos ou serviços podem ordenar inquéritos ou sindicâncias aos órgãos, serviços ou unidades orgânicas na sua dependência ou sujeitos à sua superintendência ou tutela” <sup>416</sup> (sublinhado nosso). Resulta da norma que p1: *os membros do Governo* ou p2: *os dirigentes máximos dos órgãos ou serviços*, *podem* (operador deôntico permissivo) e1: *ordenar inquéritos ou sindicâncias aos órgãos, serviços ou unidades orgânicas na sua dependência ou sujeitos à sua superintendência ou tutela*. A norma confere a possibilidade de p1 ou p2 em instaurar o procedimento disciplinar especial – conferindo discrecionalidade de decisão através de uma norma permissiva. Neste tipo de normas, é manifesta a vontade do legislador em conferir autonomia de

---

<sup>412</sup> Sob pena de padecer de um vício de desvio de poder. Cfr. Acórdão do STA de 8 de novembro de 2012, Processo n.º 0896/12 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>413</sup> Manuel Leal Henriques salienta a importância de “(...) fundamentar a decisão, pois se está perante um ato verdadeiramente administrativo”. Procedimento Disciplinar, op. cit., p. 150.

<sup>414</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 352.

<sup>415</sup> Cfr. José Vieira de Andrade, Lições..., op. cit., p. 54.

<sup>416</sup> Artigo 229.º, n.º 1 da LTFP.

decisão para um único efeito – instaurar inquéritos ou sindicância – em o concretizar ou não. Não concretizando o efeito estabelecido, o seu contrário será sempre admitido, ou seja, é admitido a não instauração do procedimento disciplinar especial.

Veja-se que apesar da LTFP, não prever a obrigatoriedade de justificar a decisão de não instauração do procedimento não significa que o órgão competente não o tenha de fazer, uma vez que é-lhe aplicável a regra do dever de fundamentação previsto no CPA<sup>417</sup>. O processo de inquérito visa esclarecer uma situação concreta, apurando se determinados factos ocorreram ou não e consequentemente identificar os responsáveis pela ocorrência<sup>418</sup>, assim, o órgão decisor que tendo tido deles conhecimento tem o dever de fundamentar e a obrigatoriedade de emanar despacho liminar com justificação da decisão de não instaurar o procedimento - ainda que essa resposta não se dirige a alguém em concreto. Não é, pois, admitido uma “discricionariedade de silêncio”<sup>419</sup> pelo órgão competente.

Não cremos que estes procedimentos possam comprometer os princípios que parametrizam o exercício da discricionariedade – como a igualdade e a imparcialidade – uma vez que em nenhum dos procedimentos é, ainda, imputável a um concreto trabalhador. O objetivo destes processos é, pois, averiguar factos, ocorrências e situações de serviço e não verificar e provar a irregularidade da conduta de um determinado trabalhador<sup>420</sup>. Se assim não fosse, estar-se-ia a legitimar a hipótese de a Administração utilizar o inquérito e a sindicância como uma pré-instrução, apurando numa primeira fase a responsabilização do trabalhador. Uma tal situação não pode ser admitida uma vez que, quando os factos estão minimamente indiciados a um concreto trabalhador, a via exigível é o procedimento disciplinar comum<sup>421</sup>. Assim, quando a lei afirma que o inquérito

---

<sup>417</sup> Artigo 152.º, n.º 1 al. c) da LTFP.

<sup>418</sup> Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 636.

<sup>419</sup> José Sérvulo Correia, *O Incumprimento do Dever de Decidir in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 220.

<sup>420</sup> “Na verdade, acontece, por vezes, que à entidade detentora do poder disciplinar só chegam meras imputações vagas e abstratas, simples suspeitas da prática de comportamento censuráveis, através de participações verbais ou escritas. E quando assim é, há que proceder à definição dos contornos fácticos-jurídicos dessas imputações e à individualização e identificação dos funcionários infratores presumivelmente infratores e essa tarefa é normalmente levada a cabo através do processo de sindicância ou de inquérito”. Acórdão do STA de 14 de abril de 2010, Processo n.º 01048/09 *in* [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>421</sup> O que não é impeditivo que, se no relatório final de inquérito ou sindicância resultar que os factos revelam a prática de uma infração disciplinar imputável a determinado (s) trabalhador (es) e tendo a entidade que instaurou os procedimentos referidos concordado com o juízo formulado, determine que a fase de instrução do procedimento disciplinar comum seja constituída pelos processos de inquérito ou sindicância (Artigo 231.º n.º 4 da LTFP).



suspende o decurso do prazo prescricional <sup>422</sup>, pressupõe-se que a sua instauração foi necessária por não existir conhecimento de qualquer infração disciplinar imputável a um concreto trabalhador, pese embora se saiba da existência de situações irregulares que podem vir ou não integrar uma infração disciplinar <sup>423</sup>. Fora destes casos, a interrupção do prazo prescricional não deve ser admissível.

Em suma, as diferentes formas de processo disciplinar – especial e comum <sup>424</sup> – tem em vista resultados diferentes, podendo ocorrer que uns – inquérito e sindicância – precedem outro – procedimento comum. Talvez seja este o fundamento que levou o legislador a implementar a obrigatoriedade de instauração do procedimento para um – processo de averiguações – e o poder de escolha noutros – procedimento comum e processo especial de inquérito ou sindicância. De qualquer modo, mesmo os casos de discricionariedade em que não opera nem se manifesta da mesma forma, não deixa de ser para nós concludente que o legislador quis atribuir discricionariedade administrativa nas situações analisadas.

## 2. Na fase de instrução do procedimento

Decidindo pela instauração do procedimento, o órgão competente nomeia um instrutor <sup>425</sup> a quem incumbe a responsabilidade de realização do procedimento disciplinar, desde a sua instauração até à decisão final. Por este motivo, a escolha do instrutor deve ter por base “determinada qualificação” <sup>426</sup>, de modo a que este tenha competência suficiente para saber o que investigar e saber valorar os factos apurados - o

---

<sup>422</sup> Artigo 178.º n.º 3 da LTFP.

<sup>423</sup> Como notam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, “(...) não se pode ignorar que os processos especiais interrompem o prazo prescricional durante seis meses e que o tempo agrava as dificuldades probatórias”. Comentários..., op. cit., p. 637.

<sup>424</sup> A forma de processo comum, previsto nos artigos 205.º a 288.º da LTFP, é seguida em todas as situações que se pretende apurar, perante irregularidade de um concreto trabalhador, a sua responsabilidade disciplinar. O processo comum é de aplicação supletiva aos processos especiais em tudo aquilo que neles não tiver especialmente previsto. Os processos que seguem a forma especial, são o processo de inquérito – destina-se a apurar factos determinados - e sindicância – destina-se à averiguação geral acerca do funcionamento do órgão, serviço ou unidade orgânica – previstos no artigo 229.º a 231.º da LTFP) e o processo de averiguações, que é aplicado às situações em que o trabalhador tenha obtido duas avaliações do desempenho negativas consecutivas (artigo 232.º a 234.º da LTFP).

<sup>425</sup> De acordo com o artigo 208.º n.º 1 da LTFP.

<sup>426</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 377.

que importa o conhecimento do regime jurídico disciplinar e da realidade organizacional<sup>427</sup>. Uma vez nomeado, o instrutor notifica o trabalhador, o participante e a entidade que mandou instaurar do início da instrução<sup>428</sup>, bem como a identificação do objeto do procedimento de forma a que o trabalhador conheça com clareza “(...) dos factos que lhe são imputados e o respetivo enquadramento jurídico”<sup>429</sup>.

## 2.1. As diligências requeridas pelo trabalhador

Com a instrução do procedimento, inicia-se a fase de apuramento e delimitação da matéria decisória – fase da instrução-investigação<sup>430</sup>. É sobre o signo do princípio do inquisitório que o instrutor, através da realização das diligências de prova<sup>431</sup>, apura o “(...) accertamento dos factos que integram o *thema decidendum*, idóneas a permitir a formação de uma convicção sobre a sua verdade”<sup>432</sup>. Todavia, o peso do princípio do contraditório, concede ao trabalhador a possibilidade de “requerer ao instrutor que promova as diligências para que tenha competência e consideradas por aquele, essenciais para o apuramento da verdade”<sup>433</sup>, as quais podem ser indeferidas “quando o instrutor julgue suficiente a prova produzida”<sup>434</sup>.

Estando perante uma discricionariedade que ocorre no interior do procedimento/instrução, obriga uma designação autónoma acolhida por David Duarte - *discricionariedade instrutória*<sup>435</sup>. A discricionariedade instrutória é imputável às normas

---

<sup>427</sup> Deste modo, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar entendem que “(...) deve-se nomear preferencialmente quem tenha formação jurídica adequada, podendo-se dizer que os técnicos superiores juristas dos diversos serviços públicos serão salvo motivo ponderoso que os impeça, os destinatários naturais da nomeação para o cargo de instrutor de qualquer procedimento disciplinar”. Comentários..., op. cit., p. 598.

<sup>428</sup> Artigo 205.º n.º 3 da LTFP.

<sup>429</sup> Miguel Lucas Pires, Os Regimes de Vinculação e a Extinção das Relações Jurídicas dos Trabalhadores da Administração Pública, Almedina, Coimbra, 2013, p. 226.

<sup>430</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 372.

<sup>431</sup> O princípio é o da admissibilidade de qualquer meio de prova que não seja proibido por lei.

<sup>432</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 371.

<sup>433</sup> Artigo 212.º n.º 3 da LTFP.

<sup>434</sup> Artigo 212.º n.º 4 da LTFP.

<sup>435</sup> Seguindo a esteira de David Duarte, a discricionariedade instrutória surge pela atribuição de normas relativas a sentidos de dever ser a adotar no interior do procedimento. A discricionariedade instrutória confere, assim, uma autonomia administrativa relativa ao decurso do procedimento. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, A Norma..., Volume II, op. cit, pp. 457 e ss.

procedimentais, uma autonomia administrativa relativa ao decurso do procedimento que, concretizando-se em “(...) uma espécie dentro de um género” <sup>436</sup>, não inviabiliza que as considerações anteriores <sup>437</sup> sobre a discricionariedade administrativa lhe sejam aplicáveis. Assim, as normas de conduta atributivas de discricionariedade instrutória enquanto “normas relativas a sentidos de dever ser a adotar no interior do procedimento” podem decorrer tanto de normas permissivas, impositivas ou proibitivas <sup>438</sup>.

Debruçando no preceito em causa, a norma permissiva com um único efeito – possibilidade de indeferir – ainda que não compreenda alternativas desdobráveis, confere discricionariedade na alternativa entre a realização ou não do efeito em causa, ou seja entre indeferir ou não indeferir. A discricionariedade em apreço tem cabimento pela razão de ser do próprio efeito – não há como predeterminar com exatidão quando o instrutor já tem prova suficiente, isto parte de uma necessária avaliação casuística. Compreende-se que nesta situação, outra solução não caberia do que aquela que atribui ao instrutor o poder de conformar o efeito jurídico na situação concreta.

O instrutor poderá indeferir as diligências pedidas pelo trabalhador, sempre que considere que a prova produzida é suficiente. Isto significa que á luz das regras de experiência e da lógica, gerou-se no instrutor o convencimento sobre a probabilidade séria da conformação dos factos a uma determinada realidade, um juízo de certeza (jurídica) relativa ao facto, da qual não será necessário “confirma-la” novamente <sup>439</sup>.

Coloca-se o acento tónico na cautela da decisão de indeferimento do instrutor – a par de todas as outras no âmbito da discricionariedade – uma vez que ela pode ser suscetível de prejudicar a defesa do arguido. A discricionariedade instrutória trata de uma discricionariedade de preparação do conteúdo da decisão, pelo que tem nela “(...) a produzir a sua mais significativa delimitação” <sup>440</sup>. Assim sendo, a escolha no âmbito do procedimento será configurada com base no confronto de todas as alternativas que possam vir a ser colocadas para a decisão. Por isso, “(...) na certeza de que alguma

---

<sup>436</sup> *Idem*, p. 457.

<sup>437</sup> Capítulo I, Ponto 5.

<sup>438</sup> Assim o indica David Duarte “A discricionariedade instrutória (...) conferida ao abrigo de normas que conferem alternativas, nos exatos termos anteriormente analisados: decorre de normas permissivas, de normas impositivas com alternativas disjuntivas na estatuição ou, apesar de menos frequente, quer em termos genéricos, quer especificamente na discricionariedade instrutória, de normas proibitivas que, ao vedarem comportamentos procedimentais, admitem outros implicitamente”. A Norma..., Volume II, op. cit., p. 459.

<sup>439</sup> *Vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de outubro de 2010, Processo n.º 155/202.C1.

<sup>440</sup> A Norma..., Volume II, op. cit., p. 466.

margem de discrecionariedade na direção e condução da mesma instrução não significa que, no caso, não exista um dever administrativo oficioso de carrear para o procedimento todos os aspetos relevantes para o conhecimento pleno e efetivo da situação de facto sobre a qual se vai fundar a decisão” <sup>441</sup>.

Não se pode esquecer, que durante esta fase o que se procura é a descoberta da verdade que culminará na acusação ou no arquivamento <sup>442</sup> do procedimento e, por isso, determinante para a posição do trabalhador. Se a própria instauração do procedimento já representa um gravame para o trabalhador, uma acusação é-o de forma bem mais intensa. Daí que se exija uma cuidada e ponderada análise de todas as diligências que possam contribuir para a descoberta da verdade material, já que se trata de diligências de apuramento de factos.

O indeferimento do requerimento está, pois, balizado pelo limite do apuramento da verdade e pela consideração de que as diligências requeridas não relevam à instrução. É de considerar que, só com base na inadmissibilidade legal ou na sua inutilidade – se carecer de todo de relevância para a decisão em causa ou se o facto se encontrar já provado por qualquer outra forma – é que o instrutor pode indeferir o requerimento do trabalhador, de forma a não colocar em causa a validade da decisão final punitiva <sup>443</sup>.

Não se pode olvidar que, na instrução-investigação, o papel do instrutor mais do que a determinação da responsabilidade do trabalhador está, primeiramente, orientado para a busca imparcial da realidade; pelo que, cabe-lhe determinar, comprovar e esclarecer os factos que deram lugar à infração do trabalhador através de uma completa e exhaustiva verificação de existência de razões que sobre ela indiciem.

## **2.2. Suspensão preventiva do trabalhador**

Pode ainda suceder que, durante esta fase, o trabalhador fique suspenso do exercício da sua atividade com fundamento na inconveniência que advenha da sua presença no funcionamento do serviço ou para a atividade instrutória – sem que isso

---

<sup>441</sup> Carlos Carvalho, O Juiz Administrativo e o Controlo Jurisdicional da Prova Procedimental do Processo Disciplinar *in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 101, setembro/outubro, 2013, p. 20.

<sup>442</sup> Artigo 213.º n.º 1 e n.º 2 da LTFP.

<sup>443</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 373.

comprometa quaisquer garantias de defesa e participação no procedimento. O enunciado normativo projeta que “o trabalhador pode, sob proposta da entidade que tenha instaurado o procedimento disciplinar ou do instrutor, e mediante despacho do dirigente máximo do órgão ou serviço, ser preventivamente suspenso do exercício das suas funções, sem perda da remuneração base, até decisão do procedimento, mas por prazo não superior a 90 dias, sempre que a sua presença se revele inconveniente para o serviço ou para o apuramento da verdade” <sup>444</sup> (sublinhado nosso).

Parece que, mais uma vez, o legislador elaborou uma norma atributiva de discricionariedade instrutória à Administração no procedimento disciplinar. Esta norma, com o operador deôntico “pode” estabelece o carácter permissivo que, *per si*, está logo vocacionada para atribuir discricionariedade. Este tipo de normas concede a possibilidade de realização do seu efeito, mas não o impõe, ao não impor, admite-se a sua não realização – neste caso será admitida a não aplicação da figura suspensão preventiva do trabalhador <sup>445</sup>. A disposição reflete uma discricionariedade em duas etapas: a primeira, referente à iniciativa que cabe ao instrutor ou à entidade que mandou instaurar, e a segunda, à entidade competente para decidir pela aplicação. Vejamos como o exercício de cada uma se procede.

O juízo de ponderação da escolha do efeito, no âmbito da discricionariedade, implica a recolha dos factos extraídos do caso que preencherão e completarão os pressupostos legais, são eles:

- i) A necessidade de instauração do procedimento disciplinar ao trabalhador;
- ii) A suspensão preventiva tem de ser decretada pelo dirigente máximo do órgão ou serviço, sob proposta da entidade que instaura ou do instrutor;
- iii) Só pode ser aplicada até à decisão do procedimento, nunca excedendo os 90 dias;
- iv) A manutenção do exercício de funções do trabalhador tem que se demonstrar inconveniente para o serviço ou para o apuramento da verdade;

---

<sup>444</sup> Artigo 211.º n.º 1 da LTFP.

<sup>445</sup> A respeito do artigo 54.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 23/84 de 16 de janeiro sobre Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, com idêntica redação ao atual artigo 211.º n.º 1 da LTFP, João Castro Neves salientava que “(...) suspensão é não só limitada no tempo (90 dias ou a decisão do processo, se ocorrer antes deste prazo) como também é facultativa.”. O Novo Estatuto Disciplinar (1984) – Algumas Questões *in* Revista do Ministério Público, Ano 6.º, Volume 21, março/85, p. 36.

- v) A infração a ser imputada ao trabalhador tem de ser punível com pena de suspensão ou de demissão/despedimento.

Quanto ao primeiro, se por um lado a lei claramente demonstra que a medida implica a instauração do procedimento, por outro não refere em que momento é que pode ser aplicada. É de deduzir que ela pode ser aplicada a todo o tempo desde o início do procedimento disciplinar. Ora, é fácil prever que, o conhecimento dos factos no início do procedimento não será o mesmo ao longo do seu percurso. A importância dos factos, quanto ao momento de aplicação da suspensão, reside no preenchimento do requisito da infração indiciada ser punível com pena de suspensão ou de demissão. A aplicação desta medida no início do procedimento incide “(...) num momento em que a entidade patronal não formulou ainda um juízo de reprovabilidade indiciária do comportamento” <sup>446</sup>. Não se trata de um juízo de suposição que se possa fazer com uma celeridade desmedida, exige-se que “(...) a autoria, extensão e gravidade da infração já esteja suficientemente indiciada” <sup>447</sup> e que “(...) a viabilidade da sua prova e da possibilidade de imputação ao arguido” <sup>448</sup> seja clara. Parece-nos plausível que, quando persistam dúvidas quanto à gravidade dos factos da infração disciplinar ou mesmo a possibilidade de o trabalhador vir a ser responsabilizado, não deva o instrutor propor a suspensão.

Mas não basta que estes pressupostos estejam preenchidos para os órgãos competentes proporem a suspensão preventiva. Tem ainda de se comprovar que o contínuo exercício de funções do trabalhador é inconveniente para o serviço ou para o apuramento da verdade. Dir-se-á que tal pressuposto – inconveniência para o serviço e para o apuramento da verdade - traz implicitamente uma prévia operação de valoração, um juízo de prognose sobre a futura atuação do trabalhador, concedendo uma margem de apreciação ao aplicador. Esta avaliação não pode residir numa mera intuição ou numa probabilidade emocional que incide no trabalhador – não pode supor-se que o trabalhador pode ficar “transtornado” com o procedimento e que venha tomar atitudes que ponham em causa o serviço, até porque a ser assim, era um requisito automaticamente aplicável a qualquer trabalhador – exige-se, outrossim, um juízo de probabilidade factual objetiva e de comprovação, uma revelação de evidências e, portanto, uma demonstração de

---

<sup>446</sup> José António Mesquita, Poder Disciplinar *in* Direito do Trabalho, Boletim do Ministério da Justiça (Suplemento), Lisboa, 1979, p. 255. Salvo, se já tenha sido precedido por procedimento de inquérito ou sindicância.

<sup>447</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Comentários..., op. cit., p. 602.

<sup>448</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 363.

certeza. “O que se impõe é que a avaliação da inconveniência da presença do arguido em funções se faça com todo o rigor, de modo a que se mantenha nos limites exatos do interesse público” <sup>449</sup>. Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar salientam que “(...) a aplicação desta medida não é qualquer inconveniência, exigindo-se antes que a manutenção do arguido seja intolerável para o interesse público ou possa comprometer seriamente o prestígio do serviço ou a dignidade da função pública exercida”; ou se demonstre que o trabalhador “(...) encontra-se em posição de poder influenciar o curso da investigação” <sup>450</sup> quer porque “(...) procure alterar ou destruir [provas], quer porque procure a colaboração de outros funcionários com esse fito” <sup>451</sup>.

É nesta ponderação, de como a realidade se venha a verificar, que o instrutor ou a entidade que tenha instaurado o procedimento, materializa a sua escolha de propor ou não a suspensão do procedimento. “A suspensão preventiva é uma faculdade que assiste ao empregador e da qual pode lançar mão” <sup>452</sup> quando considere oportuno e conveniente para o fim do procedimento.

Estabelecido que subsiste um direito potestativo da entidade que mandou instaurar ou do instrutor para “acionar” a medida cautelar é, no entanto, ao dirigente máximo do órgão ou serviço que cabe a decisão de aplicar a medida cautelar. Aliás, a separação entre entidade que propõe e a entidade que decide só demonstra que a sua aplicabilidade pressupõe uma dupla ponderação sobre a indispensabilidade da mesma.

Perguntar-se-á, estando a previsão da norma preenchida, não teria o dirigente máximo de emitir despacho no sentido de aplicar-se a suspensão? Cremos que a decisão não deve ser tomada sem que antes seja realizada audiência ao trabalhador, de modo a que lhe seja concedida a possibilidade de se defender <sup>453</sup>. Alega Salvatore Terranova que na suspensão preventiva “(...) não há carácter sancionatório, pelo que não é necessária a

---

<sup>449</sup> Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, op. cit., p. 158.

<sup>450</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 603.

<sup>451</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 358. Ainda a este respeito Manuel Leal Henriques realça que “não se desconhece a influência que um arguido bem situado e conhecido no meio em que trabalha pode ter num processo (...) justifica plenamente o seu afastamento do serviço”. *Procedimento Disciplinar*, op. cit., p. 159.

<sup>452</sup> Diogo Vaz Marecos, *Prática e Procedimentos do Processo Disciplinar – Do mero instrutor ao advogado-instrutor*, 2ª edição, Princípia Editora, Lisboa, 2011, p. 59. No mesmo sentido, STJ a respeito do contrato de trabalho ao abrigo do CT “(...) a suspensão preventiva do trabalhador, não impõe um dever à entidade patronal, antes lhe concede uma faculdade”. Acórdão de 17 de janeiro de 1985 in *Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo*, Ano XXIV, N.º 281, pp. 606-6012.

<sup>453</sup> A LTFP não determina que o trabalhador tem de ser ouvido, mas consideramos que esta obrigatoriedade resulta do quadro constitucional – artigo 32.º n.º 10 e 269.º n.º 3 da CRP.

prévia contestação” <sup>454</sup> do trabalhador. No entanto, é inegável que “embora provisório, o ato não deixa de afetar o arguido disciplinar, quanto mais não seja, lança a suspeita, mais ou menos séria, da prática de um ilícito disciplinar grave” <sup>455</sup>. Além disso, pode haver “(...) direitos ou interesses do trabalhador que são definitivamente afetados pela suspensão e que nem a decisão absolutória pode repor retroativamente” <sup>456</sup> – direito ao trabalho <sup>457</sup> e direito à ocupação efetiva do trabalhador <sup>458</sup>, direito à segurança no emprego <sup>459</sup> bem como o princípio da presunção da inocência <sup>460</sup>. Tais efeitos, ainda que não proibam a aplicação da medida, condicionam os termos e alcance dessa aplicação o que demonstra a necessidade em chamar à colação a audiência do trabalhador <sup>461</sup>, de modo a que ele possa “(...) conhecer inteiramente as imputações disciplinares que lhe são feitas” <sup>462</sup> bem como pronunciar-se sobre elas e “(...) demonstrar a injustiça ou desnecessidade de ser objeto de real medida” <sup>463</sup>. É que existindo um certo “distanciamento” entre o dirigente máximo e o trabalhador, faria sentido que aquele não tomasse a decisão apenas com base na proposta, do instrutor ou da entidade que mandou instaurar, sem que seja dada a oportunidade ao trabalhador dizer sua justiça. Pretende-se buscar “(...) um ponto intermédio entre a eficácia da finalidade que se prossegue [da suspensão] e a necessidade de conceder audiência do interessado” <sup>464</sup>, de modo a que a decisão do dirigente não seja limitada ao mesmo juízo que os órgãos impulsionadores. Evita-se assim que o dirigente máximo possa decidir apenas com base na proposta – o que poderia resultar numa

---

<sup>454</sup> Il Rapporto..., op. cit., p. 235.

<sup>455</sup> Raquel Carvalho, Comentário..., op. cit., p. 39

<sup>456</sup> Manuel Leal Henriques, Procedimento Disciplinar, op. cit., p. 159.

<sup>457</sup> Artigo 58.º da CRP.

<sup>458</sup> Sobre a possibilidade de a suspensão preventiva por em causa o direito à ocupação efetiva do trabalhador, o TC já se pronunciou que “a suspensão do trabalhador antes da nota de culpa, com manutenção da retribuição determinada no âmbito de um procedimento disciplinar e com vista à prossecução das finalidades visadas por esse procedimento constitui uma solução normativa que, no quando do valores em confronto, não merece censura por excessiva ou desequilibrada (...) tem, assim, de se concluir não ocorrer a violação do princípio constitucional do direito de ocupação efetiva do trabalhador ou de qualquer outro princípio ou norma constitucional”. Acórdão n.º 951/96 de 10 de julho de 1996, Processo n.º 481/94 in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>459</sup> Artigo 53.º da CRP.

<sup>460</sup> Não se pretende dizer que este princípio não é compatível com a medida cautelar, “com efeito, o princípio sob análise [presunção da inocência] não proíbe a antecipação de certas medidas cautelares e de investigação ou, como no caso da instauração de processo disciplinar, a suspensão do exercício de funções” (Acórdão do TC n.º 123/92 de 31 de março de 1992, Processo n.º 22/91 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>) mas que ela tem de ser aplicada com estrita observância do princípio da proporcionalidade.

<sup>461</sup> Neste sentido, Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario..., op. cit., pp. 293-294.

<sup>462</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 623.

<sup>463</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Comentários..., op. cit., p. 605.

<sup>464</sup> J.M Trayter Jiménez y V. Aguado I Cudola *apud* Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario..., op. cit., p. 293, nota 55.



confirmação automática <sup>465</sup> da proposta da aplicação da suspensão – e antes pronunciar-se após ouvir a contraparte. Nesta medida, justifica-se a discrecionariedade do dirigente máximo que, por um lado, não pode deixar de assegurar a eficácia dessa decisão de natureza cautelar atendendo ao interesse público como, por outro lado, não pode destoar que a aplicação da suspensão tem implicações para a esfera jurídica do trabalhador <sup>466</sup>. Não esquecendo que o procedimento disciplinar constitui um instrumento de defesa do trabalhador e, por este motivo, a medida deve ser usada com cautela e parcimónia uma vez que pode por em causa a dignidade pessoal e profissional do trabalhador. Assim, apresentando-se a proposta de suspensão e tendo o dirigente máximo nele a base decisória, deve realizar audiência ao trabalhador <sup>467</sup> de modo a que, posteriormente, possa realizar um juízo de “oportunidade da medida” <sup>468</sup> devendo, contudo, pautar-se por critérios de imparcialidade <sup>469</sup> e proporcionalidade <sup>470</sup> “pois só deste modo será possível comprovar se efetivamente existiriam elementos suficientes para a decisão e se a discrecionariedade de que dispõe o órgão competente não se converteu em arbitrariedade” <sup>471</sup>. A liberdade de escolha residiria em, verificando os pressupostos através do juízo de prognose, ponderar se os propósitos que com ela se prosseguem devem prevalecer ou ser preteridos em favor de outros com eles conflitantes.

Em suma, “a discrecionariedade da suspensão pressupõe um cuidadoso equilíbrio entre as necessidades opostas, a funcionalidade da Administração e o respeito pelo trabalhador” <sup>472</sup>, devendo a decisão de aplicação ser especificamente fundamentada em

---

<sup>465</sup> Vem o TCAS dizer que a medida cautelar apesar de residir em considerações de ordem funcional – necessidade de defesa do prestígio do serviço público – e de ordem processual – necessidade de recolha de prova – não implica um “imediato juízo de censura”. A ser, punha em causa o próprio princípio da presunção da inocência – “a violação desse princípio quando a aplicação da medida é automática, isto é, independente de qualquer juízo sobre a sua necessidade em concreto”. Acórdão de 10 de maio de 2001, Processo n.º 02352/99 in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

<sup>466</sup> No sentido de Belén Marina Jalvo “para evitar que se produzcan perjuicios irreparables conviene ponderar todos los derechos e intereses legítimos en presencia, y no sólo el interés público”. El Régimen Disciplinario..., op. cit., p. 293.

<sup>467</sup> Veja-se que a solução já é usada em alguns regimes disciplinares – a título de exemplo, artigo 205.º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (Lei n.º 154/2015 de 14 de setembro) prevê a possibilidade do arguido ser ouvido antes de decretada a suspensão preventiva.

<sup>468</sup> José António Mesquita, Poder Disciplinar, op. cit., p. 254.

<sup>469</sup> Um dos princípios que importa não perder de vista, sob pena de correr-se o risco de converter-se numa pena ou sanção disfarçada sem processo prévio. Como salienta Ana Fernanda Neves, “acresce que se não corresponder a uma avaliação objetiva dos factos, mas for pessoalmente motivada, pode redundar numa discriminação infundada do direito ao exercício de funções do trabalhador, numa aplicação não imparcial da lei”. O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 366.

<sup>470</sup> A aplicação da suspensão tem de ser idónea ou adequada, necessária e razoável. Cfr. Juan Manuel Trayter, Manual de Derecho..., op. cit., p. 299.

<sup>471</sup> Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario..., op. cit., p. 292.

<sup>472</sup> Ivone Cacciavillani, Il Diritto..., op. cit., p. 92.

relação aos pressupostos que a justificam e aos parâmetros do princípio da proporcionalidade, refletindo “(...) o ‘justo equilíbrio’ entre os fundamentos para a sua aplicação e a perturbação que causam, em particular, a afetação ou restrição aos direitos do trabalhador arguido que importam” <sup>473</sup>.

A suspensão preventiva tem natureza cautelar e porque cautelar ela é temporária <sup>474</sup>. A determinação do prazo da suspensão preventiva, que não pode ser superior a 90 dias, concede uma segunda discricionariedade ao dirigente máximo. Melhor dizendo, na aplicação de suspensão preventiva do trabalhador concede-se ao dirigente máximo uma discricionariedade embutida noutra, na medida em que uma só se manifesta na sequência da determinação da primeira. Queremos com isto dizer é que, a discricionariedade não reside só na decisão de aplicar a referida diligência, mas também na escolha e determinação do prazo que ela durará. David Duarte apela a uma importante distinção na discricionariedade instrutória separando a discricionariedade *primária* da discricionariedade *secundária* <sup>475</sup>. A discricionariedade primária e a secundária separam-se em duas manifestações diferentes, enquanto que a primeira reporta-se “(...) à correlativa escolha de quais diligências devem ser tomadas” a segunda “(...) é a que ocorre quando, adotada uma determinada ação instrutória, é necessário configurar o seu conteúdo e estabelecer a forma como se realiza, ou seja, em que tempo, condições ou termos”. Teremos assim, *mutatis mutandis*, a discricionariedade primária quanto à decisão de aplicar a suspensão pelo dirigente máximo e a discricionariedade secundária quanto à determinação do prazo. Todavia, no caso da suspensão preventiva esta separação de “discricionariedades” não se encontra tão marcada de modo a que possa ser logo perceptível. Além do mais, faz-se esta distinção com a sua devida importância teórica porquanto na prática, a relação entre a determinação da aplicação da suspensão e a determinação do seu prazo de vigência, estão de tal forma adstritos que a sua relação sequencial mal se faz notar. De qualquer das formas, não se pode deixar de referir que a a determinação do prazo opera no âmbito da discricionariedade criativa ainda que o espaço de escolha esteja condicionado pela fronteira inultrapassável dos 90 dias <sup>476</sup>.

<sup>473</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 359.

<sup>474</sup> Daí que a lei prevê um prazo para a sua duração (artigo 211.º n.º 1 da LTFP).

<sup>475</sup> David Duarte, A Norma..., Volume II, op. cit., pp. 473-477.

<sup>476</sup> Recorde-se o que dissemos a respeito da discricionariedade das normas proibitivas é que apesar de as alternativas de escolha encontrarem-se balizadas pelo parâmetro vedado pela norma, dentro do seu campo de permissão existem tantas alternativas quanto aquelas que forem permitidas e configuradas pelo aplicador. Desta forma, é conferida discricionariedade na medida em que se admite todos os períodos inferiores a 90 dias.

A determinação do prazo de duração da suspensão preventiva não prejudica que, antes do seu término, possa o órgão competente fazer cessar a medida cautelar. Note-se que, a suspensão preventiva para ser aplicada tem de ser necessária, ou seja, não pode ser adotada sem que efetivamente haja *periculum in mora* – sem que haja um fundado receio de que a conduta do trabalhador resulte num prejuízo potencialmente irreversível – adequada e proporcional <sup>477</sup>. Deste modo, se a razão que a justifica deixa de existir ela não deve continuar. Pense-se na situação que é aplicada a suspensão preventiva ao trabalhador por ele se encontrar numa posição em que pode, p. e., suprimir documentos que são essenciais para o apuramento da verdade, correndo o risco de ele poder influenciar o decurso da investigação. Se, no decurso do procedimento e durante a suspensão, esses documentos já foram recolhidos e constituídos como meios de prova para o processo, de modo a que o trabalhador já não possa mais influenciar, deve cessar a suspensão preventiva. Sumindo as razões que levaram à necessidade de aplicação da suspensão preventiva, desaparece a razão de ser da continuidade da medida cautelar.

Em suma, a suspensão preventiva do trabalhador deve ser fundamentada e justificada pelos pressupostos que a justificam sob pena de se perder de vista o seu carácter cautelar quando “falte racionalidade e proporcionalidade” <sup>478</sup>.

### 3. Na fase de defesa do trabalhador

Da dedução da acusação pelo instrutor, é extraída cópia e notificada ao trabalhador com o prazo para ele apresentar a sua defesa <sup>479</sup>.

O primeiro dos corolários do direito de defesa é o direito de conhecer a acusação. Da própria noção conceitual é facilmente constatável a importância e a transcendência deste direito <sup>480</sup> – sem ele os demais carecem de qualquer fundamento.

---

<sup>477</sup> No fundo, espelham o princípio da necessidade, adequação, proporcionalidade e proibição do excesso (artigo 18.º n.º 2 e artigo 266.º n.º 2 da CRP).

<sup>478</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 366.

<sup>479</sup> Artigo 214.º n.º 1 da LTFP. Caso haja a possibilidade de aplicação de pena expulsiva é remetida cópia da acusação à comissão de trabalhadores e à associação sindical quando o trabalhador for dela representante (artigo 214.º n.º 5 da LTFP).

<sup>480</sup> Como salienta Juan Manuel Trayter, “mal puede uno defenderse si no está informado perfectamente, com claridade y rigor, de los hechos considerados punibles, su participación en los mismos,

A acusação tem de ser formulada através da articulação de factos concretos e precisos <sup>481</sup> – sem imputações vagas, genéricas ou abstratas <sup>482</sup> – devendo individualizar as circunstâncias conhecidas de tempo, modo e lugar <sup>483</sup>, bem como referência aos preceitos legais e as penas aplicáveis <sup>484</sup>. O que aqui se pretende é, pois, que a acusação contenha a imputação dos factos – não só os factos objetivos como também os que produzem imputação subjetiva, ou seja, dolo ou negligência – e da sanção que lhes cabe – indicando as circunstâncias que podem influir na sua determinação concreta <sup>485</sup>. Só deste modo é que o trabalhador está em condições de exercer cabalmente a sua defesa, pois só assim pode pronunciar-se sobre a infração que lhe é imputada e sobre a sanção em que incorre – “a acusação é a pedra de toque da defesa do trabalhador, o pilar do contraditório” <sup>486</sup>.

Uma vez conhecida a acusação, o trabalhador deve expor com clareza e concisão todos os factos e razões da sua defesa, apresentando o rol de testemunhas, juntar documentos e requerer a realização de quaisquer diligências <sup>487</sup>. Aqui, no âmbito da produção de prova oferecida pelo trabalhador, o instrutor faz jus à sua discricionariedade instrutória, quer quanto à prova testemunhal e documental quer quanto a quaisquer outras diligências requeridas por aquele.

Quanto às diligências requeridas pelo trabalhador, dispõe o preceito que estas “podem ser recusadas em despacho do instrutor, devidamente fundamentado, quando manifestamente impertinentes e desnecessárias” <sup>488</sup>.

Cabe assim, ao instrutor, o poder de decidir se deve ou não aceitar as diligências requeridas pelo trabalhador - ao par do que acontece em sede da instrução-investigação

---

las normas infringidas y las sanciones que pueden serle de aplicación”. Manual de Derecho..., op. cit., p. 327.

<sup>481</sup> Cfr. Salvatore Terranova, *Il Rapporto...*, op. cit., p. 212.

<sup>482</sup> “A enunciação de tais factos de forma vaga e imprecisa, impossibilitando o eficaz exercício do direito de defesa, equivale à falta de concessão deste direito, geradora de nulidade insuprível”. Acórdão do TCAN de 5 de dezembro de 2014, Processo n.º 00185/11.0BECBR in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

<sup>483</sup> Cfr. Marcello Caetano, *Poder Disciplinar...*, op. cit., p. 181.

<sup>484</sup> Sobre os requisitos a constar da acusação *vide* Acórdão do TCAS de 3 de fevereiro de 2005, Processo n.º 05841/01 in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

<sup>485</sup> Relacionado com este princípio, está a proibição de no relatório final constar novos factos subsumidos à infração aplicada que não constem da acusação, sob pena de cometer-se uma “nulidade insuprível de falta de audição do arguido”. Acórdão do STA de 1 de outubro de 1996, Processo n.º 031378 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>486</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 391.

<sup>487</sup> Artigo 216.º n.º 4 e n.º 6 da LTFP.

<sup>488</sup> Artigo 218.º n.º 1 da LTFP.

<sup>489</sup>. Só que, ao contrário do que ali se passava, em que a recusa é justificada pela suficiência da prova, no campo da defesa do trabalhador a recusa não é apenas admitida quando o instrutor julgue da suficiência da prova, mas também quando considere que as mesmas são manifestamente *impertinentes* e *desnecessárias*.

Diligências impertinentes serão aquelas que não se relacionam com os factos imputados ao trabalhador, nem com os factos constantes da acusação ou, ainda que constem desta última que não sejam suscetíveis de atenuar a responsabilidade do trabalhador <sup>490</sup>. Note-se que, mais uma vez, o instrutor terá de apreciar, primeiramente, o que lhe é requerido e, só posteriormente com base nessa apreciação, é que formulará um juízo da oportunidade e conveniência sobre a realização das diligências pedidas. Assim, se após um exame preliminar, o instrutor entender que a diligência não é idónea para provar o facto que com ela se pretende demonstrar ou que diga respeito a factos estranhos à matéria em causa, pode decidir pelo indeferimento com fundamento na sua impertinência.

Contudo, as diligências também podem se mostrar desnecessárias, ou seja, até podem dizer respeito sobre fatos que tem pertinência no caso, mas o instrutor já se convenceu serem verdadeiros – provados, portanto - e, como tal, não é necessário o seu reforço.

O importante é, pois, que o instrutor aprecie primeiramente a relevância que as diligências probatórias em causa poderiam ter na defesa do trabalhador e, só depois, proceder a um juízo de modo a conformar a sua escolha.

Quanto à inquirição das testemunhas “o instrutor pode recusar (...) quando considere suficientemente provados os factos alegados pelo trabalhador” <sup>491</sup>. O direito de o trabalhador fazer inquirir as suas testemunhas, relevante no âmbito da “igualdade de armas” não é, pois, absoluto na medida em que pode a respetiva inquirição ser recusada com fundamento na sua impertinência ou desnecessidade por os factos que já se considerarem suficientemente provados <sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> Questão já abordada no ponto 2.1, § 1, Capítulo III.

<sup>490</sup> Cfr. Diogo Vaz Marecos, O Despedimento Por Justa Causa – Procedimento *in* Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 24, nota 20.

<sup>491</sup> Artigo 218.º n.º 3 da LTFP.

<sup>492</sup> O STJ considerou que a inquirição das testemunhas pode ser recusada, não apenas quando o instrutor considere suficientemente provados os factos alegados pelo trabalhador, mas também se se

A suficiência da prova justifica-se, neste caso, quando tenha sido integralmente assegurada a defesa do arguido e que os factos alegados pelo trabalhador já estão provados. Quer isto dizer que, se o instrutor aceitar dar, desde logo, estes factos ou alguns destes como provados isso só beneficia o trabalhador. É que a lei é clara nesse aspeto, não se trata de dar como provados factos invocados pelo instrutor – até porque este não pode considerar provados quaisquer factos antes da realização das diligências probatórias – mas os factos invocados pelo trabalhador. Deste modo, pretende-se evitar que sejam praticados atos inúteis <sup>493</sup> e, portanto, impertinentes e desnecessários.

Assim, tendo o direito de defesa limites decorrentes de exigência de idoneidade e necessidade, o instrutor pode recusar a inquirição das testemunhas bem como as diligências requeridas, desde que esclareça em despacho fundamentado, quais as razões pelas quais considera suficientemente provados os factos alegados pela defesa, ou as razões pelas quais as diligências se mostram impertinentes e desnecessárias, sob pena de se considerar a sua motivação arbitrária ou irrazoável.

Neste sentido, será ao trabalhador que cabe, em caso de indeferimento, “invocar a nulidade do procedimento, alegando e provando a capital importância e indispensabilidade daqueles meios de prova para o alcançar da verdade material” <sup>494/495</sup>.

Finda a produção de prova, o instrutor tem o poder, ainda, de decidir realizar novas diligências para o completo esclarecimento da verdade <sup>496</sup>. A discricionariedade instrutória para ordenar diligências procedimentais reside numa norma de competência que habilita o instrutor “(...) para dispor em todo o espectro do procedimento” <sup>497</sup>. Cumpre dizer que, esta competência enquanto afirmação do princípio do inquisitório, não pode concretizar com objetivo de contrair a prova apresentada pelo trabalhador <sup>498</sup> - não se pode converter um meio para a descoberta da verdade em uma “réplica” – nem para

---

considerar manifestamente impertinente e desnecessária, aplicando extensivamente o n.º 1 do artigo 218.º da LTFP. Acórdão de 24 de novembro de 2016, Processo n.º 3/16.3YFLSB *in* [www.dgsi.pt/jstj.nsf](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf).

<sup>493</sup> Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, op. cit., p. 182.

<sup>494</sup> Miguel Lucas Pires, *Os Regimes de Vinculação...*, op. cit., p. 226.

<sup>495</sup> O STA entende que “em processo disciplinar não constitui nulidade insuprível a omissão de qualquer diligência instrutória, mas apenas a daquela que seja essencial para o apuramento da verdade, pelo que omitida uma diligência reconhecidamente inútil, ou desnecessária, não ocorre aquela nulidade”. Acórdão de 3 de julho de 1990, Processo n.º 027215 *in* [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>496</sup> Artigo 218.º n.º 3 da LTFP. A competência para ordenar novas diligências também é verificada em sede decisão após o relatório final (artigo 220.º n.º 1 da LTFP) que, apesar da competência pertencer a órgãos diferentes – as primeiras ao instrutor e as segundas à entidade competente para a decisão – a discricionariedade procede-se em termos idênticos.

<sup>497</sup> David Duarte, *A Norma...*, Volume II, op. cit., p. 464.

<sup>498</sup> Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 618.

complementar uma instrução insuficiente. E muito menos será de admitir quando o instrutor tenha recusado ouvir as testemunhas apresentadas pelo trabalhador com fundamento na suficiência da prova e, posteriormente, venha alegar nesta sede a necessidade de realização de diligências por insuficiência de prova produzida sobre os mesmos factos.

A coerência decisória do instrutor projeta-se na imparcialidade e transparência, são, pois, limites das próprias decisões de discricionariedade, desta forma, todas as decisões do instrutor não devem perder a orientação da busca da verdade material. Será, então, de admitir que tais diligências devem limitar-se aos factos relativamente aos quais a prova produzida não foi suficiente para permitir ao instrutor formar a sua convicção.

#### **4. Na fase da decisão**

Finda a fase de defesa, o instrutor procede à elaboração do relatório final no prazo de cinco dias, contextualizando a iniciativa procedimental, as diligências instrutórias realizadas, os factos apurados, os argumentos e alegações de defesa do trabalhador e os motivos de direito (deveres violados, a infração ou infrações identificada(s) bem como a sanção disciplinar que entenda justa caso proponha a punição) <sup>499</sup>.

Sucede que a entidade competente para a decisão tem o poder de decidir sobre prorrogação do prazo de elaboração do relatório final do instrutor e, apesar da lei não referir, cremos que esta prorrogação não pode ser feita sem que previamente tenha sido requerida pelo próprio instrutor. Este nosso entendimento tem a sua justificação na própria separação funcional que existe entre o órgão que decide e o instrutor. Recorde-se que o órgão decisor não tem competências instrutórias <sup>500</sup> e nem pode intervir na atividade do instrutor, sob pena de nulidade <sup>501</sup>. Deste modo, não tem o órgão decisor como saber quando o caso justifica, ou não, possível prorrogação. Só mediante pedido fundamento

---

<sup>499</sup> Artigo 219.º n.º 1 da LTFP. Caso a decisão seja a de não punir, deve demonstrar a “ausência ou insuficiência da materialidade de facto ou as razões jurídicas que a justificam”. Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 416.

<sup>500</sup> Ao contrário do que prevê a norma do CPA no seu artigo 55.º n.º 1 “a direção do procedimento cabe ao órgão competente para a decisão final” em sede disciplinar a direção da instrução não pode caber ao órgão competente para a instrução (artigo 208.º da LTFP).

<sup>501</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 337.

pelo instrutor é que a entidade competente pode realizar o juízo sobre a admissibilidade da prorrogação.

Diz o preceito que “a entidade competente para a decisão pode, quando a complexidade do processo o exija, prorrogar o prazo fixado no número anterior [prazo de 5 dias], até ao limite total de 20 dias” <sup>502</sup>.

A norma permissiva contempla, pois, a discrecionalidade de decisão no órgão decisor quando se determinar que complexidade do processo - as circunstâncias de fato, os aspetos de direito do processo e a produção de prova - assim o exija <sup>503</sup>. Significa que, a preocupação com a celeridade <sup>504</sup> do procedimento não pode “(...) prejudicar a averiguação da verdade material nem a ponderação da decisão. O que esta tem de buscar, antes de mais, é a realização da justiça no caso concreto” <sup>505</sup>. Assim, caso o instrutor considera que necessita de um certo tempo para chegar a uma conclusão ponderada, solicita a prorrogação do prazo, da qual o órgão decisor formulará o seu juízo sobre a sua admissibilidade. Se entender que a prorrogação é excessiva ou injustificada por ser desnecessária ao procedimento em causa não deve conceder a referida prorrogação.

Todavia, além da discrecionalidade de decisão, existe uma outra embutida na norma - a discrecionalidade criativa na determinação do prazo. A lei indica como limite da prorrogação o total de 20 dias, o que significa que o órgão decisor tem o poder de escolher qualquer prazo, tendo como limite aquele, ou seja, há uma proibição de ultrapassar aquele limite, mas ao mesmo tempo uma permissão de alternativas contrárias gerando, assim, uma situação de escolha. Assim, dentro do seu campo de permissão existem tantas alternativas quanto aquelas forem permitidas e configuradas pela entidade competente – daí existir discrecionalidade.

A entidade deverá, pois, ponderar o “peso” que a complexidade daquele caso apresenta bem como a consequência que advém para a conclusão do procedimento – “uma decisão justa é uma decisão ponderada, que demora um certo tempo” <sup>506</sup> e, como tal, não

---

<sup>502</sup> Artigo 219.º n.º 2 da LTFP.

<sup>503</sup> O legislador transpôs o critério da “complexidade do processo” de aferição da razoabilidade de duração do processo na própria ponderação da decisão de prorrogação.

No cumprimento do artigo 6.º da CEDH, o TEDH adotou três parâmetros para aferição da decisão em prazo razoável no caso *Neumeister c. Áustria*, de 27 de junho de 1968: i) a complexidade do processo, ii) o comportamento do visado, iii) o comportamento e tratamento das autoridades competentes. Posteriormente veio acrescentar-se a estes um outro - iv) a consequência para o destinatário – no caso *König c. Alemanha*, 28 de junho de 1978, ambos disponíveis in <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>504</sup> Artigo 5.º n.º 1 do CPA.

<sup>505</sup> Ana Luísa Pinto, *A Celeridade no Processo Penal: O Direito à Decisão em Prazo Razoável*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 69.

<sup>506</sup> *Idem*, loc. cit.



deve o tempo ser negligenciado de modo a que possa por em causa a adequada investigação e, consequentemente, a garantia de outros direitos consagrados no âmbito do processo justo e equitativo. Uma vez que o relatório final é fulcral na ponderação da decisão final do procedimento, deverá o órgão decisor averiguar quanto tempo será razoável, face à complexidade do caso, atribuir ao instrutor para realizar um ato necessário e da maior relevância para a decisão.

Nada obsta a que, em caso de inobservância do prazo de prorrogação, o instrutor não possa elaborar o relatório final – a natureza destes prazos é ordenadora pelo que após o seu fim, não implica a sua invalidade <sup>507</sup> nem se projeta no conteúdo da decisão – mas pode ter consequências prescricionais no próprio procedimento <sup>508</sup> bem como para o próprio trabalhador <sup>509</sup>. Além de que se o legislador previu a necessidade de outro órgão, que não o instrutor, permitir a prorrogação do prazo de elaboração do relatório final é porque quis atribuir-lhe uma certa seriedade ao prazo da sua conclusão. Não se pretende aqui dizer que se deve atribuir um carácter perentório a tal prazo – uma consequência deste tipo seria desproporcional para as situações de infrações de grande gravidade, já que a sua violação importaria para o titular do poder disciplinar a perda definitiva da possibilidade de o exercer. O que se pretende, é que aquele prazo seja visto e atendido com a seriedade e compromisso sério que merece. Deste modo, caso seja ultrapassado o prazo de cinco dias para a elaboração do relatório final e não tendo o instrutor requerido a sua prorrogação julgamos que, ainda que não obste à tomada de decisão – já que é um prazo ordenador – deve se proceder ao desconto dos dias em excesso para efeitos da contagem de prazo da decisão final <sup>510</sup>. Só assim se compreenderá a exigência prevista

---

<sup>507</sup> O STA veio alegar que em caso de “ultrapassagem dos referidos prazos representa mera inobservância (...) pelo que o seu eventual incumprimento não extingue o direito de praticar os respetivos atos, nem acarreta a nulidade do processo, não gerando, assim, ilegalidade passível de afetar o ato punitivo, podendo apenas implicar efeitos disciplinares para o instrutor que não tenha respeitado tais prazos”. Acórdão de 8 de outubro de 2003, Processo n.º 01662/02 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>508</sup> Veja-se que o procedimento disciplinar prescreve decorridos 18 meses desde a data da instauração do procedimento. Artigo 178.º n.º 5 da LTFP.

<sup>509</sup> O TFPUE entendeu ser admissível o pedido de indemnização por danos morais devido ao atraso do processo disciplinar. “Um procedimento disciplinar coloca qualquer funcionário numa situação de incerteza quanto ao seu futuro profissional, causando-lhe necessariamente um certo stress e uma certa ansiedade. Quando essa incerteza se mantém por tempo excessivo, a intensidade do stress e da ansiedade causados ao funcionário aumenta para além do que pode ser justificado. Deste modo, deve considerar-se que a excessiva duração de um procedimento disciplinar leva a presumir a existência de um dano moral para o interessado”. Acórdão de 13 de janeiro de 2010, Processos apensos F-124/05 e F-96/06 in <https://curia.europa.eu>.

<sup>510</sup> O artigo 220.º n.º 4 da LTFP determina o prazo de 30 dias para a decisão final a contar: “ i) da receção do processo, quando a entidade competente para punir concorde com as conclusões do relatório final [alínea a)]; ii) do termo do prazo que marque, quando ordene novas diligências [alínea b)]; iii) do termo do prazo fixado para emissão de parecer [alínea c)]”.

para o prolongamento do prazo. De qualquer modo, concedida a prorrogação, o órgão decisor terá em conta as particularidades do caso, ponderando o prazo que melhor se coaduna com a correta elaboração do relatório no caso concreto, pois um prazo razoável em abstrato pode não ser um prazo razoável em concreto.

Com a receção do relatório final, o órgão competente para decidir analisa o processo e decide pela punição ou não do trabalhador <sup>511</sup>. Mas antes da decisão, a lei *permite* ao órgão decisor solicitar a emissão de parecer por parte do superior hierárquico do trabalhador ou de unidades orgânicas do órgão ou serviço a que o mesmo pertença <sup>512</sup>.

Neste sentido, o órgão com competência para decidir tem a faculdade de resolver discricionariamente sobre a conveniência e a oportunidade de utilizar a possibilidade que a lei lhe reconhece de “ouvir” aquelas entidades sobre o caso concreto <sup>513</sup>.

Exatamente por a lei não impor a sua solicitação é que estamos perante um parecer *facultativo* <sup>514</sup>. Argumentar-se-á que o pedido de parecer no âmbito da fase de decisão é a forma que melhor acautela a correta decisão final, de modo a que seja mais adequada às imposições do interesse público e às exigências da prevenção especial positiva do poder disciplinar, já que face à relação de maior “proximidade” entre o superior hierárquico ou as unidades orgânicas com o trabalhador, permite dar a conhecer outra perspetiva sobre o seu “passado” e a sua personalidade <sup>515</sup>.

É evidente que, a não solicitação desse parecer não gera qualquer tipo de consequências para o procedimento - exatamente por ser facultativo - mas a não emissão do parecer já não é assim. Veja-se que, tendo sido requerido o parecer, este passou a ser necessário para o órgão decisor - senão não o teria solicitado - e não o realizando repercute-se na decisão do procedimento.

O parecer, ainda que configure uma influência para o órgão decisor na tomada da decisão, ele não é vinculativo <sup>516</sup>, ou seja, o órgão decisor não tem de perfilhar o sentido do parecer podendo decidir em sentido contrário. Todavia, cremos que se o órgão competente decidir em sentido diferente ao do parecer, deve na respetiva decisão fundamentar porque assim o fez, pois, uma “desconsideração” do parecer sem apresentar

---

<sup>511</sup> Artigo 220.º n.º 1 da LTFP.

<sup>512</sup> Artigo 220.º n.º 2 da LTFP.

<sup>513</sup> Cfr. Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina..., op. cit., p. 234.

<sup>514</sup> Em contraposição aos pareceres obrigatórios que são impostos pela lei, conforme o artigo 91.º n.º 1 do CPA.

<sup>515</sup> Recorde-se que a personalidade é um fator de graduação da sanção disciplinar (artigo 189.º da LTFP).

<sup>516</sup> Artigo 91.º n.º 1 *in fine* do CPA. A regra é a de que, na falta de expressão legal diversa, o parecer é não vinculativo (artigo 91.º n.º 2 do CPA).

quaisquer razões justificativas pode por em causa as garantias específicas da imparcialidade. Para todos os efeitos, o parecer terá o papel de formalidade preparatória para a decisão final, sendo que o órgão competente para a decisão continua com a sua faculdade de decidir sob o seu juízo o caso concreto submetido à sua apreciação.

Exatamente por o órgão competente poder discordar, tanto do relatório do instrutor como do parecer solicitado é que pode dizer-se que surge uma “dupla exigência de fundamentação” <sup>517</sup> da decisão final, de modo se dê a conhecer os motivos porque se decide de um determinado sentido e não outro, enunciando as premissas de facto e de direito.

## § 2 – Discricionariedade na infração disciplinar

### 1. Conceito e elementos da infração

O conceito de infração disciplinar está indissociavelmente ligado à ideia do incumprimento dos deveres laborais que se impõem ao trabalhador. “Infringir disciplinarmente não é mais do que desrespeitar um dever geral ou especial decorrente da função que exerce” <sup>518</sup>.

Todavia, a compreensão do que é a infração disciplinar não prescinde de seguir “por um caminho lógico-categorial” <sup>519</sup>, de determinar os elementos que a compõem. A redação do preceito legal <sup>520</sup> permite definir a infração disciplinar como a conduta culposa e ilícita do trabalhador, que se traduza na violação deveres gerais ou especiais legalmente estabelecidos e inerentes às funções que executa. Desdobrando o conceito de infração nos

---

<sup>517</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 427.

<sup>518</sup> Acórdão do Conselho Permanente do Conselho Superior da Magistratura de 9 de novembro de 2004, Revista *Subjudice*, n.º 32, jul-set, Almedina, 2005, p. 131.

<sup>519</sup> Eduardo Correia refere-se à lógica-categorial para traçar o conceito de crime, no entanto, em momento posterior o autor considera que é de repudiar tal sistema por colocar em causa a unidade do sistema jurídico-penal. Direito Criminal, I, op. cit., pp. 198-203.

<sup>520</sup> O artigo 183.º da LTFP define infração disciplinar como “o comportamento do trabalhador, por ação ou omissão, ainda que meramente culposos, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce”.

seus elementos temos: i) o elemento material ou o objeto; ii) elemento pessoal ou o sujeito; iii) a culpabilidade e a iv) ilicitude <sup>521</sup>.

#### i. Elemento material

O conceito de infração não se preenche sem o “facto”, sem a conduta que corporize a violação dos deveres laborais <sup>522</sup>, “o facto é, pois, o elemento fundamental, sem o qual a infração não pode existir” <sup>523</sup>.

A conduta ilícita do trabalhador pode objetivar-se num *facere* (ação) ou *non facere* (omissão), ou seja, na “perpetração de um ato”<sup>524/525</sup> ou na “inação do trabalhador que deixa de cumprir um dever específico de agir, ou que não realiza certa tarefa ou não realiza em certo tempo e/ou de certa forma” <sup>526</sup>.

Todavia, nem sempre a ação e omissão assumem uma consumação instantânea - infração de execução instantânea – podendo a conduta do trabalhador traduzir-se numa

---

<sup>521</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, defendem que não “só estará perante um ilícito disciplinar quando o comportamento imputado ao trabalhador tenha causado um qualquer prejuízo ao interesse público”. Comentários..., op. cit., p. 540. Invocam os autores a existência de um quinto elemento – o dano – que pressupõe a obrigatoriedade de o resultado do comportamento do trabalhador, ser prejudicial para o serviço sem o qual não se estará perante um ilícito disciplinar. A infração não seria de perigo, mas uma infração de resultado. Com o devido respeito, somos forçados a discordar de tal entendimento. Primeiro, não se retira do preceito do conceito de infração o dano como elemento constitutivo de infração. Segundo, o artigo 191.º n.º 1 al. a) da LTFP prevê que constitui circunstância agravante “a intenção de, pela conduta seguida, produzir resultados prejudiciais ao órgão ou serviço ou ao interesse geral, independentemente de estes se terem verificado”. Ora, a lei claramente demonstra que a existência de infração não depende do resultado de qualquer dano e, este preceito, o que vem estabelecer é que a *intenção*, portanto, a vontade do trabalhador em querer prejudicar o serviço constitui em si mesma a circunstância agravante. A infração deve ser tida como formal, isto é, independentemente de se verificar o resultado e estando preenchidos os restantes elementos, o comportamento do trabalhador é considerado ilícito disciplinar. Como já referia Marcello Caetano, “não importa à existência da infração que desta ação ou omissão hajam ou não resultado consequências prejudiciais para o serviço administrativo; o facto é punível em geral pelo simples perigo que a sua prática constitui, independentemente dos resultados. A produção destes influi na graduação da pena, mas só em casos especiais é elemento essencial da infração”. Manual de Direito Administrativo, op. cit., p. 524.

<sup>522</sup> Apesar de não estar legalmente prevista a possibilidade da punição da ação ilícita sob a forma tentada, Ana Fernanda Neves considera que “a tentativa da prática de certas infrações disciplinares pode consubstanciar ela própria de uma infração disciplinar” ainda que de outro tipo. O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 181.

<sup>523</sup> Vítor Faveiro, A Infração..., op. cit., p. 59.

<sup>524</sup> Marcello Caetano, Poder Disciplinar..., op. cit., p. 53.

<sup>525</sup> É, por exemplo, o caso do funcionário de escola pública usa conta corrente da escola para comprar material para uso pessoal, passando a respetiva faturação em nome da escola, viola do dever de isenção que consiste em não retirar vantagens, diretas ou indiretas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce (artigo 73.º n.º 2 al. b) e n.º 4.º da LTFP). Vide Acórdão do STA de 23 de novembro de 2015, Processo n.º 01040/04 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>526</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 178.

longa série de atos ou omissões que se prolongam no tempo, originando infrações de trato sucessivo.

A infração continuada, à semelhança do crime continuado <sup>527</sup>, caracteriza-se pela realização plúrima dos mesmos tipos de infrações, mas que por decorrência da homogeneidade da forma de execução levada a cabo no quadro da existência de um circunstancialismo propiciador da respetiva e diminuidor de culpa do agente, reconduz-se a punição a uma só infração <sup>528</sup>. Ou seja, deparamo-nos com uma pluralidade de atos singulares, mas unificada pela mesma disposição exterior das circunstâncias que determina a diminuição da culpa do agente. É este o ensinamento de Eduardo Correia, para quem o fundamento da diminuição da culpa do agente deve ir encontrar-se na “(...) existência de uma relação que, de fora, e de maneira considerável, facilitou a repetição da atividade [ilícita], tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito” <sup>529</sup>. Pode dar-se a circunstância de voltar a verificar-se uma oportunidade favorável à prática da infração que já foi aproveitada ou que arrastou o trabalhador para a primeira conduta infratora <sup>530</sup>. É, pois, de acentuar a “situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”, enquanto requisito essencial para qualificar a infração como continuada porquanto não se verificando circunstâncias que expliquem ou facilitem a prática das várias infrações, nem que diminuam a culpa do trabalhador, não pode a conduta subsumir-se naquele tipo de infração.

Situação diferente é a que se passa com a infração permanente ou de “execução prolongada”, onde “há uma unidade de ação típica (em sentido estrito), pois que o facto punível cria um estado antijurídico mantido pelo autor, cuja permanência vai realizando ininterruptamente o tipo” <sup>531</sup>. São infrações cuja a “conduta composta de elementos vários” se protraí ao longo de um tempo, não se tratando de “várias infrações autonomizáveis (...) mas duma só conduta, integradora duma só infração” <sup>532</sup>. Segundo

---

<sup>527</sup> Artigo 30.º, n.º 2 do CP.

<sup>528</sup> “Nel caso in cui l'impiegato sia incolpato di infrazioni abituali, risultanti cioè dalla ripetizione di azioni della stessa specie, o di altro tipo di infrazioni a conduta plurima, l'Amministrazione deve contestare il complesso degli specifici fatti costituenti infrazione abituale o comunque condotta plurima”. Salvatore Terranova, *Il Rapporto...*, op. cit., p. 212.

<sup>529</sup> *Direito Criminal*, II, op. cit., p. 209.

<sup>530</sup> Por exemplo, o caso em que um trabalhador descobriu que a porta do cofre do serviço público não fecha corretamente e aproveitou várias vezes para furtar dinheiros públicos.

<sup>531</sup> Acórdão do STA de 10 de julho de 2012, Processo n.º 0803/11 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>532</sup> António Fermiano Rato, *Processo Disciplinar* in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, Lisboa, 1994, p. 543.

Eduardo Correia, na estrutura da infração permanente distinguem-se duas fases: a primeira, que se analisa na produção do estado antijurídico, ou seja, a consumação inicial da infração; a segunda, corresponde à permanência da situação geradora da infração, “aquilo que certos autores fazem corresponder a uma omissão, que ininterruptamente se escoia no tempo, de cumprir o dever” <sup>533</sup>. Assim, a omissão duradoura do cumprimento do dever de restaurar a situação de legalidade perturbada por um ato ilícito inicial, depende da vontade do trabalhador que, ao manter, vai realizando ininterruptamente o tipo <sup>534/535</sup>.

A existência do dever de cessar o estado antijurídico criado faz distinguir as infrações permanentes das infrações de efeitos permanentes. Nas infrações de efeitos permanentes, não há qualquer alteração no que se refere à instantaneidade da consumação da infração, reportando-se antes aos efeitos que dizem respeito às consequências nocivas que podem derivar da própria infração. Assim, são os efeitos que se perpetuam no tempo e não a sua consumação <sup>536</sup>, como acontece com as infrações permanentes.

## ii. Elemento pessoal

A infração disciplinar é praticada por trabalhadores com vínculo de emprego público, ou seja, os indivíduos que exercem uma atividade sob autoridade e direção de

---

<sup>533</sup> Direito Criminal, I, op. cit., p. 310.

<sup>534</sup> É o caso, por exemplo, em que trabalhador que exerce funções de acumulação – “sem autorização ou apesar de não autorizado ou, ainda, quando a autorização tenha sido concedida com base em informações ou elementos, por eles fornecidos, que se revelem falsos ou incompletos (artigo 186.º al. c) – que se prolonga no tempo assumindo um carácter contínuo.

<sup>535</sup> No acórdão do STA de 11 de janeiro de 2011, Processo n.º 01214/09 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta), o Tribunal considerou que, o incumprimento do dever do trabalhador de despachar atempadamente a globalidade dos processos que lhe estavam distribuídos, consubstancia numa infração permanente e não numa infração continuada, por não ter ficado demonstrado qualquer circunstancialismo que se possa considerar como “solicitação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

<sup>536</sup> Os efeitos são essencialmente importantes para a questão da prescrição que começa a contar da “respetiva prática” (artigo 178.º n.º 1 da LTFP). Nas infrações de execução instantânea o prazo de prescrição corre desde o dia em que o facto se tiver consumado (de acordo com o artigo 119.º n.º 1 do CP), enquanto que nas infrações permanentes, a contagem da prescrição começa desde o dia em que cessar a sua consumação (de acordo com o artigo 119.º n.º 2 do CP), assim entendeu o TCAN no Acórdão de 15 de julho de 2014, Processo n.º 00907/05.9BELSB in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

Para efeitos de prescrição, a distinção entre infrações permanentes e infrações continuadas não tem interesse prático, pois de acordo com o artigo 119.º n.º 1 al. a) e al. b) o início do prazo de prescrição da primeira, como já referimos, é o momento que cessa a consumação e o início do prazo de prescrição da segunda é a prática do último ato, que “(...) se é de execução duradoura, também se considera praticado no momento em que cessa a respetiva consumação”. Acórdão do STA de 11 de janeiro de 2011, Processo n.º 01214/09 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

órgãos de uma pessoa coletiva, cuja disciplina jurídica é regulada sob o escopo de um regime específico de direito público, em parte contido na LTFP.

O trabalhador com vínculo de emprego público assume-se como sujeito passivo na relação disciplinar face ao titular do poder disciplinar, mas enquanto autor que pratica a infração disciplinar ele corporiza-se como sujeito ativo. O trabalhador responde, assim, pelas suas ações ou omissões na medida em que é a sua conduta que se subsume ao quadro das infrações disciplinares e não sendo, por isso, responsabilizado pela ação ou omissão de condutas alheias <sup>537</sup>.

Pode configurar-se a situação do trabalhador atuar como cúmplice <sup>538</sup> perante o facto gerador da infração disciplinar. Ao prestar auxílio doloso <sup>539</sup>, quer através do fornecimento de meios ou reforçando a vontade do trabalhador autor-infrator, o trabalhador-cúmplice contribui positivamente para a realização do facto <sup>540</sup>. Mas ainda que se trate uma participação secundária, o trabalhador-cúmplice não deixa, através da sua conduta participativa individualizada, de violar os deveres laborais a que está vinculado – pense-se no exemplo de um trabalhador fornecer a sua chave de acesso a um cofre, que apenas podia estar em seu poder, a outro trabalhador, com o objetivo de este apropriar-se do dinheiro de um serviço público. Por este motivo, Ana Fernanda Neves entende que “(...) face à menor densidade do princípio da legalidade, a entidade competente para punir dispõe da possibilidade de escolher entre punir um trabalhador como cúmplice, singularizando a intervenção como cúmplice, ou não fazer qualquer dissociação” <sup>541</sup> e puni-lo como autor <sup>542</sup>.

Outra questão um pouco diferente é a de saber em que medida o trabalhador responde disciplinarmente por ações ou omissões praticadas por outro trabalhador, mas

---

<sup>537</sup> “Como em direito penal, também a responsabilidade disciplinar é individual e são pessoais as penas respetivas”. Vítor Faveiro, *A Infração...*, op. cit., p. 50.

<sup>538</sup> Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias “cúmplice é, antes de mais, todo o participante que não é autor”. *Direito Penal: Sumários e Notas das Lições do Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, 1976, p. 78.

<sup>539</sup> De acordo com o artigo 27.º n.º 1 do CP está excluída a possibilidade de uma cumplicidade por negligência.

<sup>540</sup> “O critério mínimo para assegurar a existência de cumplicidade é o que, com ela, o facto do autor há-de ter sido, ao menos, *facilitado*”. *Idem*, p. 85.

<sup>541</sup> *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 185.

<sup>542</sup> O artigo 27.º n.º 2 do CP, prevê que ao cúmplice é aplicada a pena fixada para o autor, especialmente atenuada. Quer isto dizer que, se a Administração entender punir o trabalhador-cúmplice, pode fazê-lo como cúmplice do ilícito disciplinar, sendo que a sua ação de cumplicidade apenas releva na medida da sanção.

em que o seu papel foi decisivo na formação da vontade para a prática do facto. Falamos, neste caso da figura da instigação <sup>543</sup>, onde um trabalhador cria em outro trabalhador a decisão firme de querer praticar uma infração. A distinção entre instigação e cumplicidade tem como núcleo central a vontade do trabalhador-autor, enquanto na cumplicidade a vontade de praticar a conduta ilícita já existe e o trabalhador-cúmplice apenas reforça essa vontade, no caso da instigação o trabalhador-instigador possui a vontade “(...) de criar no autor imediato [da infração] a decisão de cometimento do facto” <sup>544</sup>, criando-lhe uma vontade de o fazer que antes não tinha. Neste sentido, o trabalhador-de-trás tem de determinar, criando a vontade, o trabalhador-da-frente à prática do facto ilícito concreto – não pode estar em causa a determinação à prática de um facto abstrato ou indeterminado – sob pena de, existindo já a intenção de praticar o facto, entrar no campo da cumplicidade.

A instigação foi prevista pelo legislador nas situações em que a consequência das suas ações que se revertem na inviabilização da manutenção do vínculo. Deste modo, a LTFP estipula que “constituem infração disciplinar que inviabiliza a manutenção do vínculo, nomeadamente, os comportamentos do trabalhador que (...) pratique atos de grave insubordinação ou indisciplina ou incite à sua prática” (sublinhado nosso) <sup>545</sup>. Quer isto dizer que, quando o trabalhador-da-frente tenha uma conduta que culmine com a prática de atos grave insubordinação ou indisciplina, causados pela vontade criada do trabalhador-de-trás, ao comportamento deste último é-lhe aplicado a sanção de despedimento ou demissão. A instigação é, assim, uma realidade que já vem regulado no atual quadro normativo. Contudo, não cremos que a instigação apenas releve em relação a tais condutas. O trabalhador-instigador não deve ficar impune quando tenha sido ele a fonte e origem da realização da prática de qualquer infração pelo o trabalhador-autor. A ponderação da infração por si cometida – e consequentemente sancionada - deve ser feita à luz dos critérios referentes a cada infração atendendo ao resultado da conduta que concretizou o trabalhador-autor. Neste sentido e nos termos daquele preceito, se a lei prevê que à conduta infratora do trabalhador-autor e à do trabalhador-instigador a consequência sancionatória é a mesma – sanção de despedimento ou demissão – então, parece-nos que à luz da proporcionalidade na subsunção dos factos, que as condutas do

---

<sup>543</sup> O instigador é aquele que “determina outra pessoa à prática do facto”, de acordo com o artigo 26.º *in fine*.

<sup>544</sup> Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal: Sumários..., op. cit., p. 69.

<sup>545</sup> Artigo 297.º n.º 3 al. b) da LTFP.



trabalhador-instigador poderão ser responsabilizadas pela mesma sanção abstratamente aplicável àquela que é aplicada ao trabalhador-autor. Melhor seria se o legislador, adotando postura mais propínqua, estatuiu-se autonomamente os critérios de apuramento e fixação das consequências disciplinares quer da instigação quer da cumplicidade.

### iii. Culpabilidade

A exigência da culpa enquanto “(...) censurabilidade ético-individual do funcionário infrator” <sup>546</sup> decorre do próprio caráter sancionatório da responsabilidade disciplinar <sup>547</sup>. O juízo da culpa, a qual se analisa na censura dum certo facto típico à pessoa do trabalhador <sup>548</sup>, pode escalonar-se em três exigências: i) imputabilidade; ii) exigibilidade e iii) censura (dolo ou negligência).

A imputabilidade, enquanto figura própria do direito penal, “é a capacidade de ser objeto de censura” <sup>549</sup>, isto é, refere-se à própria constituição da pessoa do infrator sendo “(...) necessário que o agente tenha, pelo menos, a consciência dos próprios atos e o livre exercício da vontade” <sup>550</sup>. O nexó de imputabilidade pressupõe determinar se o trabalhador tem ou não a capacidade, livre e esclarecida, de avaliar o ilícito e de dirigir a sua atuação com base nessa avaliação <sup>551</sup>. Neste sentido, a imputabilidade do trabalhador tem de pôr-se relativamente ao momento em que ele comete o facto e, verificando-se a eventual inimputabilidade, fica prejudicada a responsabilidade disciplinar <sup>552</sup>. Um dos casos que constitui circunstância dirimente da responsabilidade disciplinar é a privação acidental e involuntária do exercício das faculdades intelectuais no momento da prática da infração <sup>553</sup>, que se traduz na situação em que o trabalhador se encontra privado de avaliar a sua conduta e de atuar em função dela.

---

<sup>546</sup> Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal...*, op. cit., p. 182.

<sup>547</sup> Marcello Caetano entendia que a culpa ou o dolo apenas importavam para a graduação da pena, não sendo essencial para a existência da falta. “Se o serviço público foi perturbado por um procedimento imputável a uma vontade esclarecida e livre, a falta existe, independentemente da intenção do agente”. *Poder Disciplinar...*, op. cit., p. 57. Hoje, a LTFP no artigo 183.º estabelece que a culpa como elemento integrante do conceito de infração.

<sup>548</sup> Cfr. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, op. cit., p. 315.

<sup>549</sup> Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, op. cit., p. 33.

<sup>550</sup> Vítor Faveiro, *A Infração...*, op. cit., p. 121.

<sup>551</sup> Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 545.

<sup>552</sup> Além das situações que estão previstas como causas de exculpação – artigo 190º da LTFP – a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, prevista no artigo 20.º do CP é de se aplicar.

<sup>553</sup> Artigo 190.º n.º 1 al. b) da LTFP.

Quanto à exigibilidade da conduta do trabalhador pressupõe a possibilidade dele se comportar de maneira diferente, ou seja, “a possibilidade de se exigir do agente um outro comportamento” <sup>554</sup>. O aparecimento do facto não pode ser explicado apenas no sentido subjetivo, a “situação ambiente” <sup>555</sup> que constituída por circunstâncias ou acontecimentos exteriores podem não deixar ao trabalhador a possibilidade de se comportar de maneira diferente, “(...) de corresponder às exigências dos deveres e obrigações cujo o cumprimento lhe é devido nos termos do vínculo laboral” <sup>556</sup>. A não exigibilidade de conduta diversa constitui, em si, limite da culpa <sup>557</sup>.

Verificando que o trabalhador tinha consciência dos seus atos e que outra conduta era de lhe exigir, importa apreciar em que medida é que o fez e aceitou as consequências. Há que determinar o elo de ligação entre a posição do trabalhador para com o facto <sup>558</sup>.

Em parte alguma da LTFP esclarece o que deve ser entendido por comportamento “meramente culposos”, pelo que a *vis expansiva* dos princípios de direito e processo penal <sup>559</sup> leva a entender que o trabalhador só possa ser punido quando o seu comportamento tenha resultado de dolo ou negligência <sup>560</sup>.

O dolo é caracterizado pela “intenção ou mera aceitação” <sup>561</sup> do trabalhador, revestindo uma das três modalidades: dolo direto, dolo necessário e dolo eventual. No dolo direto, o trabalhador tem como fim ou intenção a violação do dever e *querido* <sup>562</sup> a sua conduta <sup>563</sup>, pretende intencionalmente a realização do facto; já no dolo necessário, a violação do dever não é o objetivo imediato da conduta do trabalhador, mas ele sabe que ao realizar a conduta pretendida, não se abstendo, terá como certa ou altamente provável a consequência do facto <sup>564</sup>. Por fim, no dolo eventual cabem os casos em que o trabalhador previu a violação do dever como consequência *possível* <sup>565</sup> e, mesmo assim, leva a cabo a prática do facto, conformando-se com o respetivo resultado <sup>566</sup>.

---

<sup>554</sup> Eduardo Correia, Direito Criminal, I, op. cit., p. 444.

<sup>555</sup> *Idem*, p. 444.

<sup>556</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 266.

<sup>557</sup> Artigo 190.º n.º 1 al. d) da LTFP.

<sup>558</sup> Cfr. Eduardo Correia, Direito Criminal, I, op. cit., p. 367.

<sup>559</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Comentários..., op. cit., p. 546.

<sup>560</sup> Artigos 13.º a 15 do CP.

<sup>561</sup> Vítor Faveiro, A Infração..., op. cit., p. 74.

<sup>562</sup> Eduardo Correia, Direito Criminal, I, op. cit., p. 376.

<sup>563</sup> É o que reporta o n.º 1 do artigo 14.º do CP.

<sup>564</sup> Vertido no n.º 2 do artigo 14.º do CP.

<sup>565</sup> Eduardo Correia, Direito Criminal, I, op. cit., p. 378.

<sup>566</sup> Artigo 14.º n.º 3 do CP.

É precisamente este último pressuposto – *conformação do resultado* – que se distingue o dolo eventual da negligência consciente. Fala-se em negligência consciente quando o trabalhador reconheceu a possibilidade da violação do dever, mas sobrevalorizando a consequência final da sua conduta confiou que poderia evitar o seu resultado <sup>567</sup>. “Ou, vistas as coisas pela outra face: o dolo só se excluirá, afirmando-se a negligência consciente, quando o agente só atuou porque confiou em que o resultado se não produziria. Sempre que ele, representando o resultado, não tomou posição perante este, deverá ser punido a título de dolo eventual” <sup>568</sup>. Fora desta situação e comportando as situações “tipicamente” negligentes, surge aquela em que o trabalhador atua sem representar sequer a possibilidade de realização de violação do dever <sup>569</sup>. A infração negligente comporta uma falta de diligência, falta de cuidado, enquanto resultado do agir do trabalhador, que será consciente ou inconsciente consoante tenha tido a perceção ou não da violação do dever a que está vinculado.

Não obstante a LTFP prever a possibilidade de todas as infrações disciplinares serem praticadas sob a forma negligente, tal não é impeditivo que venha tipificado condutas que apenas possam ser punidas a título de dolo <sup>570</sup>, a determinação do grau e a intensidade da culpa revelam para efeitos da determinação da sanção disciplinar.

#### iv. Ilícitude

“Aí, onde for perceptível um dever, a violação do mesmo constitui infração. Tem é que existir o dever, que ser perceptível, e tem que preexistir à ação que se pretende apreciar” <sup>571</sup>.

A ilicitude, enquanto elemento integrante do conceito de infração, surge recortada pela violação dos deveres gerais e especiais inerentes às funções que o trabalhador exerce <sup>572</sup>. A primeira ilação da ilicitude exterioriza a necessária anterioridade do dever face à

---

<sup>567</sup> Artigo 15.º al. a) do CP.

<sup>568</sup> Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, op. cit., p. 385.

<sup>569</sup> Artigo 15.º al. b) do CP.

<sup>570</sup> A título de exemplo, o artigo 297.º n.º 3 al. f) da LTFP.

<sup>571</sup> Alberto Augusto Oliveira e Alberto Esteves Remédio, *Sobre o Direito Disciplinar da Função Pública in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, Estudos Variados – Direito Comunitário, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 644

<sup>572</sup> Com base no argumento Constitucional do artigo 271.º n.º 1, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar entendem que os atos praticados no âmbito da vida privada – fora do serviço – só podem ser objeto de infração disciplinar se possuir uma qualquer ligação ou relação com o serviço. “Exige-se, contudo que

conduta pois um dever que não é perceptível pela comunidade não pode vir a configurar infração. O facto será ilícito quando se concretizar na “negação de determinados valores”<sup>573</sup> que estão intimamente ligados aos deveres laborais, traduzindo-se num comportamento antijurídico. Exige-se, assim, que se proceda a uma qualificação jurídica do comportamento do trabalhador, de forma a possa ser considerado transgressor de um dever jurídico-laboral<sup>574</sup>.

Pode suceder, em algumas situações, a conduta revestir todos os elementos da infração disciplinar e, todavia, ser considerada lícita por a lei entender que ocorreu uma causa que exclua dessa ilicitude<sup>575</sup>, mas fora destas situações a regra será, porém, de considerar a conduta ilícita.

## 2. Apuramento da prática de infração disciplinar e sua qualificação

É sabido que, em direito penal, só pode ser qualificado como crime e punido como tal o comportamento que corresponda em todos os seus elementos ao que se encontra previsto na lei de tal modo que, se não houver uma total correspondência entre o facto praticado e o tipificado na norma, não há crime - *nullum crimen sine lege*. Existe uma enumeração dos tipos de crime, com predeterminação normativa das condutas ilícitas que, sem deixar qualquer margem para dúvidas, permitem aferir quais os comportamentos que podem ser qualificados como crimes e quais as penas a eles aplicáveis (*lex certa*<sup>576</sup>).

Em direito disciplinar, a tradição legislativa tem sido a de não tipificar as condutas que consubstanciam infrações disciplinares<sup>577</sup>, com fundamento que os factos como tal

---

o comportamento privado seja motivado no serviço ou em razões relacionadas com o exercício de funções, pois se a ele for de todo alheio não pode haver lugar à perseguição disciplinar, ainda que desse comportamento tenham resultado prejuízos para o serviço”. Comentários..., op. cit., p. 549.

<sup>573</sup> Manuel Leal Henriques, Procedimento Disciplinar, op. cit., p. 34.

<sup>574</sup> Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Comentários..., op. cit., p. 546.

<sup>575</sup> A título de exemplo, o artigo 190.º, n.º 1 al. c) prevê a legítima defesa enquanto circunstância dirimente da responsabilidade disciplinar.

<sup>576</sup> “El principio de tipicidade o exigência de *lex certa*, en cuanto supone la necesidad de que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado”. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario..., op. cit., p. 147.

<sup>577</sup> Por esse motivo, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar entendem que “a infração disciplinar decorre mais da violação de um dever e menos da adoção de uma conduta descrita na lei”. Comentários..., op. cit., p. 542.

são tão numerosos que uma tal tipicização rígida poderia colocar de fora muitas condutas disciplinarmente relevantes <sup>578</sup>. Neste sentido, quer a doutrina <sup>579</sup> quer a jurisprudência <sup>580</sup> têm considerado que a infração disciplinar é *atípica* - não existindo a individualização da conduta proibida, não existe tipicidade. Por esta razão, dir-se-á que “os órgãos com competência disciplinar qualificam livremente os factos submetidos à sua apreciação, consideram como falta disciplinar todo o ato ou omissão que constitua, segundo o seu critério, uma infração àqueles deveres” <sup>581</sup>. Todavia, julgamos que o caminho na qualificação dos factos não deve ser este. Veremos que o órgão competente não “qualifica livremente” a conduta como infração disciplinar e nem dispõe de um poder de escolha da subsunção da conduta às respetivas infrações.

A primeira fonte normativa para definir se uma dada conduta constitui um ilícito disciplinar passa pela sua integração no conceito de infração disciplinar – que já tivemos oportunidade de analisar <sup>582</sup> - em todos os seus elementos: pessoal, material, culpabilidade e ilicitude <sup>583</sup>. Neste sentido, fácil é então perceber que toda e qualquer infração disciplinar se tem de basear em factos, ou seja, aquele conceito está indissociavelmente ligado ao facto <sup>584</sup>. Enquanto critério-pilar para a qualificação das condutas, o conceito deixa uma abertura quanto à configuração dos factos que consubstanciam a ilicitude, ou seja, quanto às ações determinadas que se podem qualificar como violação do respetivo

---

<sup>578</sup> Entende Luiz Lopes Navarro que um “(...) sistema da determinação prévia e legal das infrações teria, segundo cremos, consequências muito mais prejudiciais, pois difícil seria enquadrar em definições rígidas toda a enorme variedade de faltas”. *Funcionários...*, op. cit., p. 220.

<sup>579</sup> Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 8.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 1969, pp. 744 e ss; João Castro Neves, *O Novo...*, op. cit., pp. 9-10; Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, op. cit., p. 529; António Fermiano Rato, *Processo...*, op. cit., pp. 539-541; Luís Vasconcelos Abreu, *Para o Estudo...*, op. cit., p. 30; Vítor Faveiro, *A Infração...*, op. cit., p. 37; Raquel Carvalho, *Comentário...*, op. cit., pp. 31-37; Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., pp. 451-544; Carlos Alberto Fraga, *O Poder Disciplinar...*, pp. 146 e ss.

<sup>580</sup> *Vide*, entre outros, Acórdão do TCAN de 17 de maio de 2013, Processo n.º 02305/07.0BEPRT “A infração disciplinar, diferentemente do ilícito criminal, assume-se como atípica, pois decorre da violação ou ofensa de deveres reportados à função ou ao interesse do serviço, enumerando a lei os deveres que impendem sobre o trabalhador público e prescrevendo como ilícito o comportamento que atente contra tais deveres” in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca); Acórdão do TCAN de 15 de maio de 2014, Processo n.º 02453/08.0BEPRT “É que, pese embora vigore o princípio da tipicidade das penas, a infração disciplinar apresenta-se como atípica (...)” in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca). Acórdão do STA de 7 de novembro de 1996, Processo n.º 035498 “A atipicidade que caracteriza a infração disciplinar não dispensa a verificação cumulativa dos seguintes elementos, que, por isso, lhe são essenciais: conduta do funcionário; carácter ilícito desta conduta, por inobservância de algum dos deveres funcionais; nexo de imputação que se traduz na censurabilidade da conduta, a título de dolo ou de culpa” in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta); Acórdão do STA de 22 de junho de 2010, Processo n.º 01091/08, “A infração disciplinar é, por via de regra, atípica. É o dever infringido que individualiza a infração” in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>581</sup> Luiz Lopes Navarro, *Funcionários...*, op. cit., p. 244.

<sup>582</sup> Ponto 1, § 2, Capítulo III

<sup>583</sup> Artigo 183.º da LTFP.

<sup>584</sup> Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 53.

dever laboral. Já referia Eduardo Correia que “assim é que não há, no ilícito disciplinar, tipificação integral, antes se traçando normalmente uma norma geral, uma cláusula delimitativa” <sup>585</sup>.

Contudo, o enquadramento da conduta, não se basta pela subsunção àquele conceito. No quadro normativo atual, o sentido e alcance da técnica legislativa na qualificação da infração disciplinar terá de incidir também na análise das restantes cláusulas gerais que complementam aquele conceito. Cláusulas essas que podem contemplar, inclusive, enumerações de condutas disciplinarmente relevantes, dispostas por uma ordem de gravidade, dada pela correspondência de certa sanção.

A “(...) técnica da cláusula geral com enumeração exemplificativa, exceto no caso das menos graves das infrações disciplinares em que há apenas clausula geral” <sup>586</sup> utilizada em sede de direito disciplinar, cria um nexo entre a “espécie” de infração disciplinar e a correspondente sanção. Veja-se que a lei determina que a sanção de multa será aplicável aos casos de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais, nomeadamente aos trabalhadores que tenham adotado alguma das condutas previstas do respetivo preceito <sup>587</sup>. A norma estabelece a cláusula geral, com recurso a conceitos indeterminados de “negligência ou má compreensão dos deveres funcionais”, seguida por enumeração exemplificativa dos comportamentos que a ela integram. A mesma situação surge vertida para a norma que prevê a aplicação da sanção de suspensão <sup>588</sup> e de despedimento disciplinar ou demissão <sup>589</sup> (aumentando na escala de gravidade da

---

<sup>585</sup> Direito Criminal, I, op. cit., p. 36. O autor referia-se ao artigo 2.º do DL n.º 32:659, de 9 de fevereiro de 1943 sobre o ED dos Funcionários Cíveis do Estado que disponha que “considera-se infração disciplinar o facto voluntário praticado pelo funcionário com violação de alguns deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce com ofensa dos deveres gerais dos cidadãos impostos pela lei ou pela moral social”.

<sup>586</sup> Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal..., op. cit., p. 183.

<sup>587</sup> Artigo 185.º da LTFP estabelece que “a sanção disciplinar de multa é aplicável a casos de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais, nomeadamente aos trabalhadores que: a) Não observem os procedimentos estabelecidos ou cometam erros por negligência, de que não resulte prejuízo relevante para o serviço; b) Desobedeçam às ordens dos superiores hierárquicos, sem consequências importantes; c) Não usem de correção para com os superiores hierárquicos, subordinados ou colegas ou para com o público; d) Pelo defeituoso cumprimento ou desconhecimento das disposições legais e regulamentares ou das ordens superiores, demonstrem falta de zelo pelo serviço; e) Não façam as comunicações de impedimentos e suspeições previstas no Código do Procedimento Administrativo.

<sup>588</sup> Dispõe o artigo 186.º da LTFP que “a sanção disciplinar de suspensão é aplicável aos trabalhadores que atuem com grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres funcionais e àqueles cujos comportamentos atentem gravemente contra a dignidade e o prestígio da função, nomeadamente quando” adotem comportamentos da alínea a) à alínea n).

<sup>589</sup> Artigo 187.º, conjugado com o artigo 297.º n.º 3 da LTFP dispõe a clausula geral naquele primeiro preceito “As sanções de despedimento disciplinar ou de demissão são aplicáveis em caso de infração que inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público nos termos previstos na presente lei” e a enumeração exemplificativa no segundo “constituem infração disciplinar que inviabiliza a manutenção do

infração). Situação diferente é aquela prevista para a sanção de repreensão escrita onde é dito apenas que “(...) é aplicável a infrações leves de serviço” <sup>590</sup> que ao contrário das restantes sanções, não se socorre da enumeração fáctica para auxiliar no preenchimento dos conceitos indeterminados que comporta a norma.

O recurso a estas cláusulas gerais com descrição exemplificativa de comportamentos considerados ilícitos tem sido um reforço para a negação da tipicização das infrações disciplinares: exprimem de forma tão ampla que apenas se podia falar de “tipos excessivamente abertos”, o mesmo significa que “estamos perante a ausência de tipos” <sup>591</sup>.

Ana Fernanda Neves vem romper com este pensamento tradicional, defendendo que há tipicidade na infração disciplinar, ainda que a tipicidade não seja *qua tale* do direito penal, não se pode dizer que ela não existe. Refere a autora que trata de uma “tipicidade nuclear (...) uma ‘tipicidade modular’, próxima do tipo ideal lógico’, como expressivo de certa valoração ou «ADN infracional» e como ‘padrão de comparação’, que permite ‘compreender melhor, mediante comparação com os tipos ‘puros’, as formas híbridas encontradas na realidade” <sup>592</sup>.

O seu fundamento tem como ponto de partida o de que a infração disciplinar não se verifica apenas com a violação dos deveres laborais, “mas tem de se reconduzir a um «tipo infracional», na delimitação legal aberta destes. (...) Não é possível reconduzir alternativamente uma dada conduta não descrita a qualquer uma das espécies de infração disciplinar enunciadas na lei, mas tem que preencher o critério valorativo dado por cada” <sup>593</sup>. Neste sentido, a subsunção da conduta do trabalhador faz-se pela recondução a “(...) critérios ou referências de identidade” <sup>594</sup>. cremos que a posição de Ana Fernanda Neves é a que melhor se coaduna com a realidade da infração disciplinar.

Como referimos há pouco, o conceito de infração – enquadramento dos seus elementos – surge como ponto de partida para a subsunção dos factos, mas este não esgota o âmbito da subsunção. Há necessidade em estabelecer a correspondência de dada conduta ao leque de espécies de infração de acordo com o seu grau de gravidade

---

vínculo, nomeadamente, os comportamentos do trabalhador que” estejam compreendidos da alínea a) à alínea o).

<sup>590</sup> Artigo 184.º da LTFP.

<sup>591</sup> Salientando João Castro Neves “(...) repara-se que ela é feita exclusivamente em termos exemplificativos e não taxativos (veja-se os advérbios *nomeadamente* e *designadamente*) o que significa que, mais do que *tipos abertos*, estamos perante a ausência de tipos”. O Novo..., op. cit., p. 10.

<sup>592</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., pp. 151-152.

<sup>593</sup> *Idem*, pp. 187-188.

<sup>594</sup> *Ibidem*, p. 145.

estabelecidas na lei que construíram o *tipo* - “(...) a tipicidade supõe a especificidade de um conceito através de uma pluralidade de espécies” <sup>595</sup>. O “tipo”, como refere Germano Marques da Silva para caracterizar o tipo penal, “(...) corresponde assim ao modelo do comportamento que é relevante para a lei, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do facto punível. (...) Diz-se que há tipicidade quando o facto se ajusta ao tipo, ou seja, quando corresponde às características objetivas e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador” <sup>596</sup>. Quer isto dizer que, haverá tipicidade quando o facto se ajuste ao modelo legalmente previsto. Transpondo agora para o domínio disciplinar, veremos que a lei cria modelos de infrações através da concessão de critérios diferenciadores ainda que, tais modelos, não encontram paralelo no direito penal. Esses mesmos critérios, que dão corpo às respetivas espécies de infrações, surgem como elementos identitários da qualificação da infração disciplinar.

Veja-se, é a própria LTFP a identificar *critérios gerais* nos enunciados normativos que versam sobre as sanções: “na aplicação das sanções disciplinares atende-se aos critérios gerais enunciados nos artigos 184.º a 188.º (...)” <sup>597</sup>. Deste modo, para a conduta ser reconduzida a infração, tem de haver uma identidade e identificação dos elementos ou critérios de certa espécie de infração, sendo que, “dentro de cada espécie, por sua vez, alinham-se subespécies de tipos de infração disciplinar” <sup>598</sup> que concretizam cada uma. As espécies de infração estão diretamente relacionadas com a conotação gravosa que o legislador lhe atribui – “infrações leves de serviço”, “negligência ou má compreensão dos deveres funcionais”, “grave negligência ou grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres funcionais” ou infrações, de tal modo graves, que “inviabilizam a manutenção do vínculo” <sup>599</sup> – dito de outro modo, a gravidade da sanção “anda de mãos dadas” com a gravidade da infração. Algumas destas espécies concretizam o seu espectro de aplicação, através de enunciação de condutas concretas <sup>600</sup> formando *subtipos*. Os

<sup>595</sup> José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968, p. 39.

<sup>596</sup> Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, Parte Geral – Teoria do Crime*, II, Verbo, Lisboa, 1998, p. 18.

<sup>597</sup> Artigo 189.º da LTFP.

<sup>598</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 145.

<sup>599</sup> O apelo a conceitos indeterminados não prejudica a construção do tipo. “A caracterização do ilícito disciplinar, de modo a desejavelmente poder abranger uma multiplicidade de condutas censuráveis, exige, por vezes, o uso de conceitos indeterminados na definição do tipo”. Acórdão do Conselho Permanente..., op. cit., p. 131.

<sup>600</sup> Como salienta Ana Fernanda Neves, só respetivos ilícitos “(...) são dispostos segundo uma ordem de gravidade, dada pela correspondência a certa sanção, e segundo o critério do grau e modo de afetação da ‘devoriedade funcional’, que corporizam a identidade ou ‘elementos essenciais do ilícito’, separando espécies de infrações. Dentro de cada espécie, por sua vez, alinham-se subespécies de tipos de infração disciplinar”. *Idem*, p. 145.



comportamentos tipificados para cada sanção – multa, suspensão e despedimento disciplinar ou demissão – comportam concretizações enunciativas <sup>601</sup> que, por isso, atribuem a cada espécie de infração uma “tipologia aberta” <sup>602</sup>. Salienta-se que a falta de taxatividade não compromete a presença do *tipo* <sup>603</sup> - o tipo “exprime a ideia de modelo, de esquema” <sup>604</sup>, “(...) ou algo de paradigmático, de exemplar ou de modelar” <sup>605</sup>. Uma tipologia taxativa, apenas inviabiliza a “(...) possibilidade de moldar novas formas além daquelas que foram especificadas por lei” <sup>606</sup>, não permitindo a inclusão de outros subtipos que pertençam ao tipo. É o caso em que se encontra previsto a cessação da comissão de serviço a título principal, em que as condutas aí enunciadas são taxativas <sup>607</sup>, concretizando-se num “tipo fechado” que não admite extensão analógica de outros subtipos <sup>608</sup>. O carácter enunciativo das restantes infrações disciplinares admite “(...) que nela[s] cabem todos os subtipos de um mesmo tipo; portanto, a tipologia enunciativa engloba não só as concretizações que dela constam, como também todos os demais subtipos que sejam concretizações do mesmo tipo” <sup>609</sup>. A recondução a subtipos vem especificar, delimitar, a concretização do tipo através de exemplos-padrão. Desta forma, se a conduta não é reconduzível nos concretos subtipos individualizados, nem por isso a recondução a certa espécie de infração é “(...) alheia a critérios ou referências de identidade” <sup>610</sup>. O elo de ligação entre infrações e sanções não permite que seja aplicada qualquer das sanções previstas para qualquer conduta “(...) mas só apenas as penas que

<sup>601</sup> Recorrem ao advérbio “nomeadamente” atribuindo-lhes carácter exemplificativo.

<sup>602</sup> José de Faria Costa entende que a técnica legislativa usada nestas sanções – cláusula geral com enumeração exemplificativa – “(...) satisfaz indubitavelmente o princípio da tipicidade e não apenas os seus patamares mínimos”. Noções..., op. cit., p. 54.

<sup>603</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 143.

<sup>604</sup> Germano Marques da Silva, Direito Penal..., op. cit., p. 18.

<sup>605</sup> Miguel Teixeira de Sousa, Introdução ao Direito, Almedina, Coimbra, 2016, p. 307.

<sup>606</sup> José de Oliveira Ascensão, A Tipicidade..., op. cit., p. 51.

<sup>607</sup> O artigo 188.º n.º 1 prevê que “a sanção disciplinar de cessação da comissão de serviço é aplicável, a título principal, aos titulares de cargos dirigentes e equiparados que: a) Não procedam disciplinarmente contra os trabalhadores seus subordinados pelas infrações de que tenham conhecimento; b) Não participem criminalmente infração disciplinar de que tenham conhecimento no exercício das suas funções, que revista carácter penal; c) Autorizem, informem favoravelmente ou omitam informação, relativamente à situação jurídico-funcional de trabalhadores, em violação das normas que regulam o vínculo de emprego público; d) Violam as normas relativas à celebração de contratos de prestação de serviço”. O preceito não se auxilia de conceitos como “designadamente” ou “nomeadamente”, o que o caracteriza a sua taxatividade. “Ao contrário do que sucede com os normativos anteriores, o legislador não parece ter elencado situações exemplificativas. O teor literal deste normativo, por comparação com o teor literal dos artigos precedentes [multa, suspensão e despedimento disciplinar ou demissão] sustenta este entendimento”. Raquel Carvalho, Comentários..., op. cit., p. 89.

<sup>608</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, Introdução..., op. cit., pp. 401-402

<sup>609</sup> *Idem*, p. 307.

<sup>610</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 145. Por este motivo, salienta a autora que “a expressão ‘tipicidade aberta’ não é, assim, contraditória nos seus termos, como poderia parecer, nem a negação da tipicidade”. Nota 524, *idem*, loc. cit.

estejam em correlação com vários tipos de faltas que a lei enumera” <sup>611</sup>. Por este motivo Ana Fernanda Neves entende que “os factos ou situações reconduzir-se-ão a uma ou a outra na medida em que preencham a sua descrição típica, sem espaço para ‘falsificar’ a qualificação’ ou mutáveis valorações” <sup>612</sup>.

A conduta do trabalhador, para ser qualificada como infração terá de corresponder a uma das espécies de infrações, sendo que o preenchimento do conceito de infração <sup>613</sup> constitui o “critério base” e indispensável para que a conduta seja disciplinarmente reprovável. A tipificação existe ainda que contenha um certo grau de abertura <sup>614</sup>. O mesmo é de entender para o caso das condutas subsumíveis à sanção de repreensão escrita. Esta sanção exterioriza-se através de uma cláusula geral sem enunciação de tipos de condutas, o que levaria a pensar-se que não há qualquer infração tipificada na norma <sup>615</sup>. Contudo, não é por ela não se ramificar em subtipos que ela não forma um tipo já que ela comporta uma espécie do conceito: “(...) toda a nomeação de várias categorias redutíveis a dado conceito representa já uma tipificação” <sup>616</sup>. Todas as condutas têm de se ajustar ao modelo normativo que concretiza a espécie e no caso das infrações que consubstanciam repreensão escrita, que vigora a maior amplitude de abertura do tipo, não será diferente. O enquadramento da conduta enquanto “infração leve” é determinante, é o seu “ADN infracional”. O “tipo aberto” característico da maior parte das infrações comporta fronteiras fluídas no limite da densidade exigível. Há, em todas, um núcleo estável que permite a recondução da conduta ao tipo de infrações.

Pelo que se tem vindo a expor, não se pode falar que há uma escolha na respetiva subsunção. Veja-se que, enquadrado no conceito de infração <sup>617</sup> aquela conduta terá de corresponder a uma determinada sanção. Essa correspondência implicará que o aplicador

---

<sup>611</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>613</sup> Artigo 183.º da LTFP.

<sup>614</sup> José de Faria Costa defende que “o princípio da tipicidade, decorrente do princípio da legalidade quando este se assume como característica essencial na definição dos comportamentos proibidos, ainda que tão-só inerentes ao direito disciplinar, não tem que ter a mesma rigidez nem a mesma densidade daquele que se exige no direito penal. (...) Nesta perspetiva afastamo-nos de todos os que de maneira apodítica defendem que tal princípio não vale no campo específico do direito disciplinar. Defendemos que, em todos os ramos do direito estadual sancionatório – evidentemente que em diferentes graus – o princípio da tipicidade no que toca à definição dos comportamentos proibidos é pilar fundamental de um estado de direito democrático”. Noções..., op. cit., pp. 53-54

<sup>615</sup> José de Faria Costa apesar de defender que há tipicidade nas infrações disciplinares, entende que o artigo 184.º da LTFP apresenta “(...) alguma dificuldade em nela ver cumpridos os limites mínimos de concretização definitiva do dever que possibilite, desse jeito, mesmo assim, estar a cumprir-se um já flácido princípio da tipicidade”. *Idem*, p. 54.

<sup>616</sup> José de Oliveira Ascensão, A Tipicidade..., op. cit., p. 46.

<sup>617</sup> Artigo 183.º da LTFP.

procure na respetiva sanção as razões que a justificam, que corporizam elas próprias os critérios determinativos das várias infrações. Note-se que, nas sanções de multa, suspensão e despedimento disciplinar ou demissão pode caber à primeira vista uma determinada conduta, no entanto, serão as circunstâncias e os efeitos em que ela se desencadeou que vai determinar a qual infração é subsumível aquela conduta. A título de exemplo, imagine-se que um determinado trabalhador desrespeita um colega seu. A violação do dever de correção <sup>618</sup> tanto pode consubstanciar numa sanção de multa <sup>619</sup>, suspensão <sup>620</sup> ou despedimento disciplinar <sup>621</sup>, mas o que irá determinar a sanção e, portanto, a espécie de infração, serão as circunstâncias que rodearam aquela conduta - se foi ou não cometida em local de serviço, se houve ou não intenção de desrespeito grave, se a sua prática foi realizada a título de dolo ou negligência - que mais não são do que circunstâncias que são reconhecidas no tipo infracional. É nestas determinações que se subsume a conduta à infração, não havendo, portanto, um poder de escolher a qual delas se subsume.

Outra situação diferente é quando a conduta não se enquadra em nenhuma das enunciadas na lei. Esta situação poderia levar ao órgão competente a entender que poderia escolher em qual espécie de infração se subsumia a conduta. Mas cremos que não seja de todo o caso. Como já explicámos, todas as cláusulas gerais fornecem critérios de subsunção – “infração leve”, “negligência ou má compreensão dos deveres funcionais”, “grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres funcionais”, “inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público” – que permitem configurar o tipo; quer isto dizer que não é qualquer conduta que pode ser ali enquadrada. Conhecido o facto, tem de se indagar se o mesmo pode enquadrar-se na norma em causa e, para tal, tem de se considerar o que é que, nos nossos valores jurídicos, constitui uma “infração

---

<sup>618</sup> Artigo 73.º n.º 10.º da LTFP dispõe que “o dever de correção consiste em tratar com respeito os utentes dos órgãos ou serviço regular e os restantes trabalhadores e superiores hierárquicos”,

<sup>619</sup> Artigo 185.º alínea c) “a sanção disciplinar de multa é aplicável a casos de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais, nomeadamente aos trabalhadores que (...) não usem de correção para com os superiores hierárquicos, subordinados ou colegas ou para com o público”.

<sup>620</sup> Artigo 186.º alínea j) “A sanção disciplinar de suspensão é aplicável aos trabalhadores que atuem com grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres funcionais e àqueles cujos comportamentos atentem gravemente contra a dignidade e o prestígio da função, nomeadamente quando (...) agridam, injuriem ou desrespeitem gravemente superior hierárquico, colega, subordinado ou terceiro, fora dos locais de serviço, por motivos relacionados com o exercício das funções”.

<sup>621</sup> Artigo 187.º conjugado com o artigo 297.º n.º 3 alínea a) dispõe que “as sanções de despedimento disciplinar ou de demissão são aplicáveis em caso de infração que inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público nos termos previstos na presente lei (...) constituem infração disciplinar que inviabiliza a manutenção do vínculo, nomeadamente, os comportamentos do trabalhador que (...) agrida, injurie ou desrespeite gravemente superior hierárquico, colega, subordinado ou terceiro, em serviço ou nos locais de serviço”.

leve” ou infração praticada com “grave negligência” (p.e.). Há sempre uma “margem de atividade interpretativa” <sup>622</sup> dos elementos que compõe a norma na operação de subsunção lógico-formal dos factos à norma. O uso de conceitos com algum grau de indeterminação que, pela sua razão de ser, permitem uma – desejável – *vasta subsunção factual* <sup>623/624</sup>, não vulnera a concretização do tipo infracional se a sua concreção for razoavelmente fatível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência que permitam prever a conduta regulada <sup>625</sup>. O emprego destes conceitos conferirá, assim, um critério minimamente concretizador dos comportamentos que a eles podem ser subsumíveis. Além disto, a adequação do preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais no recorte infracional não deixa de ser controlada pelos tribunais que têm competência para averiguar a “proporcionalidade na subsunção” <sup>626</sup> da conduta <sup>627</sup>.

O que se pretende é, pois, que o órgão competente analise os factos, a “natureza e o seu alcance” <sup>628</sup> para determinar se o ilícito é ou não subsumível em algum dos tipos de infrações previstas na lei – a natureza da infração da sanção de multa não corresponde à mesma natureza que a sanção de despedimento disciplinar <sup>629</sup> - estando obrigado a fazer-

---

<sup>622</sup> Como escreve António Fermiano Rato sobre a margem interpretativa da integração dos factos à norma “não se pode fugir-se na especificação das faltas a uma margem de atividade interpretativa que é a de subsunção dos factos à norma. Mas esta é uma atividade que sempre se impõe ao intérprete, mesmo nas faltas tipicizadas, mesmo no campo do ilícito criminal”. Reflexões Sobre o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local – O problema da tipicidade de certas faltas disciplinares: as sujeitas a aplicação de penas graves in *Direito Administrativo, Revista de Atualidade e Crítica*, Ano 2, N.º 7, março/abril, 1981, p. 79.

<sup>623</sup> Orlando Martins Afonso, a respeito da responsabilidade disciplinar dos juizes da qual aplicação as normas disciplinares gerias da função pública refere “de uma maneira geral os conceitos disciplinares são indeterminados, reconduzindo-se a estereótipos que, exatamente por o serem, comportam uma vasta subsunção factual”. *Poder Judicial – Independência in Dependência*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 151.

<sup>624</sup> A respeito da responsabilidade disciplinar aplicável aos Magistrados Judiciais refere o Acórdão do Conselho Permanente..., op. cit., p. 132 sobre o apelo a conceitos jurídicos indeterminados que “significa apenas que a lei confere ao aplicador do direito uma certa margem de manobra no preenchimento desses critérios, precisamente porque reconhece que é impossível elencar exaustivamente os comportamentos públicos suscetíveis de afrontar a dignidade da magistratura”.

<sup>625</sup> Sobre a utilização de elementos indeterminados no tipo legal, vide, Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal...*, op. cit., p. 163.

<sup>626</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 150.

<sup>627</sup> No acórdão do TCAN de 18 de fevereiro de 2011, Processo n.º 00344/08.3BEPRT in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca), pode ler-se que “não há dúvida que o tribunal pode averiguar se a aplicação da medida sancionatória observou os parâmetros do princípio da proporcionalidade. E pode fazê-lo em dois momentos diferentes: na subsunção dos factos à norma qualificativa e na determinação da medida concreta da sanção”.

<sup>628</sup> Juan Manuel Trayter, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 175.

<sup>629</sup> Dando como exemplo aquele utilizado por António Fermiano Rato reportando-se ao Decreto-Lei n.º 23/84 de 16 de janeiro sobre o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local “uma falta não descrita no elenco das infrações que conduzem à pena de multa, falta que revela, porém, caso de negligência e má compreensão dos deveres funcionais não poderá ser aplicada uma pena de inatividade, pois esta é aplicável aos casos de procedimento que atente gravemente contra a dignidade e prestígio do funcionário ou agente da função”. *Processo...*, op. cit., p. 541.

lo com a devida concretização no tipo de infração descrito na norma. Não esquecendo que há a necessidade de o órgão competente justificar, de forma explícita, porque é que uma determinada conduta realiza aquele conceito indeterminado e preenche o tipo de infração. Deste modo, a qualificação da infração terá como base, enquanto necessidade justificativa, critérios jurídico-vinculados, uma ação interpretativa, de subsunção dos factos à norma <sup>630</sup>. A valoração dos correspondentes factos na subsunção reger-se-ão segundo raciocínios jurídicos e no reconhecimento dos elementos ou critérios de identidade de certa espécie de infração. Nesta linha, André Gonçalves Pereira entende que “a determinação se determinado facto constitui ou não infração é sempre uma atividade vinculada (...) nunca se insere nela discricionariedade, pois a noção de infração disciplinar decorre unicamente da lei, sem intervenção da vontade psicológica do agente, e é ao menos em teoria, unívoca – um facto ou é ou não é infração disciplinar, e a apreciação que dessa qualidade faz o agente administrativo tem natureza puramente declarativa” <sup>631</sup>.

Em suma, a qualificação de determinados factos ou de determinada conduta como infração disciplinar não é discricionária, não é uma escolha, mas antes uma atividade jurídica de aplicação das normas que exige, como pressuposto objetivo, o enquadramento ou subsunção da falta disciplinar no tipo legalmente predeterminado. A jurisprudência nacional já tem frisado também que a qualificação da infração não cabe no âmbito da discricionariedade administrativa. Neste sentido, o STA entendeu que “é vinculada a existência dos factos e a sua qualificação jurídica como infração disciplinar” <sup>632</sup> e que, apesar de lhe escapar “competência para apreciar se a medida concreta da pena foi bem doseada por esta ser uma tarefa da Administração inserida dentro dos seus poderes discricionários”, tem competência para “analisar se os factos que justificaram a punição tiveram lugar e se eles constituem a infração disciplinar que a determinou” <sup>633</sup>.

Enfim, tudo se passa no plano da situação concreta, na determinação da qualificação da infração através da subsunção da conduta à norma. Muito embora seja

---

<sup>630</sup> “Há sempre uma margem de interpretação de factos, da natureza dos factos, e das normas, aparecerá sempre a necessidade da subsunção do facto à norma” *Idem*, p. 541.

<sup>631</sup> Dissertação de Doutoramento em Ciências Político-Económicas, Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo, Lisboa, 1962, p. 275.

<sup>632</sup> Acórdão do STA de 3 de novembro de 2004, Processo n.º 0329/04 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

<sup>633</sup> Acórdão do STA de 12 de março de 2015, Processo n.º 0245/14 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

certo que ela não se realiza no âmbito da escolha ou, dito de outro modo, a qualificação da infração não se opera no âmbito da discrecionariedade administrativa.

### § 3 – Discrecionariedade na sanção disciplinar

#### 1. Caracterização e classificação das sanções disciplinares

O elenco das sanções disciplinares presentes na LTFP rege-se pelo princípio *nulla poena sine lege* <sup>634</sup>, ou seja, só existem as sanções que estão tipificadas na lei, não podendo ser aplicada qualquer outra que nela não esteja prevista <sup>635</sup>. Vigora, pois, o princípio da tipicidade e taxatividade das sanções disciplinares por força da previsão normativa fechada <sup>636</sup>. Deste modo, à conduta infratora será aplicada uma das sanções que estão designadas na respetiva escala disciplinar <sup>637</sup> – repreensão escrita <sup>638</sup>, multa <sup>639</sup>, suspensão <sup>640</sup>, despedimento disciplinar ou demissão <sup>641</sup> e cessação da comissão de serviço <sup>642</sup> - de forma a não violar a garantia legal da tipicidade.

---

<sup>634</sup> Marcello Caetano, Poder Disciplinar..., op. cit., p. 96.

<sup>635</sup> Como refere António Fermiano Rato “(...) é uma das já notadas semelhanças com o processo penal, este subordinado ao princípio constitucional contido no artigo 29.º n.º 3 da Constituição «não podem ser aplicadas penas ou medidas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior»”. Processo..., op. cit., p. 542.

<sup>636</sup> Recordando Miguel Teixeira de Sousa “as tipologias taxativas são tipologias fechadas”. Introdução..., op. cit., p. 401.

<sup>637</sup> Artigo 180.º n.º 1 e n.º 2 da LTFP.

<sup>638</sup> A sanção de repreensão escrita consiste numa declaração de censura ou em mero reparo ao trabalhador pela irregularidade praticada que pressupõe que a infração verificada seja de menor gravidade (Artigo 181.º n.º 1 da LTFP).

<sup>639</sup> A sanção de multa consiste no pagamento de uma quantia monetária aferida em função da remuneração do trabalhador com as limitações legalmente previstas na sua quantificação (artigo 181.º n.º 2 da LTFP).

<sup>640</sup> A sanção de suspensão que tem como finalidade afastar o trabalhador do órgão ou serviço durante um período de tempo (artigo 181.º n.º 3 da LTFP) tem, ainda, associada, além da contagem do tempo de serviço para antiguidade, a perda das remunerações correspondentes (artigo 182.º n.º 2 da LTFP).

<sup>641</sup> A sanção de despedimento disciplinar ou demissão é aplicada aos trabalhadores que tenham como vínculo o contrato de trabalho em funções públicas ou vínculo de nomeação respetivamente. Tem como finalidade o afastamento definitivo do órgão ou serviço do trabalhador, através da extinção do seu vínculo, quando a situação demonstre ser inviável a manutenção da relação laboral (artigo 181.º n.º 5 e n.º 6 e artigo 187.º da LTFP). A aplicação da sanção, não impossibilita o trabalhador em voltar àquele órgão ou serviço desde que as funções que venha a exercer “não exijam as particulares condições de dignidade e confiança que aquelas de que foi despedido ou demitido exigiam” (artigo 182.º n.º 4 da LTFP).

<sup>642</sup> A cessação de comissão de serviço “consiste na cessação compulsiva do exercício de cargo dirigente ou equiparado” (artigo 181.º n.º 7 da LTFP) a qual implica a impossibilidade de o trabalhador

Ao versar sobre as sanções disciplinares extrai-se a ilação que elas são a “expressão punitiva das condutas disciplinarmente antijurídicas do trabalhador (...) cria[m] uma situação jurídica desfavorável ou gravosa na esfera jurídica do trabalhador punido” <sup>643</sup>. Consubstanciam sempre na privação de um direito laboral – p. e., direito à ocupação efetiva quando aplicada pena de suspensão – ou na imposição de uma obrigação – p. e., no pagamento de uma multa <sup>644</sup>. Ademais, é possível agrupar as sanções disciplinares classificando-as quanto à sua natureza e efeitos.

Marcello Caetano classifica as sanções disciplinares em sanções corretivas e expulsivas <sup>645</sup> que se traduzem no seu carácter conservatório ou não da relação jurídica de emprego público. As sanções corretivas enquanto visam “estimular” o trabalhador a cumprir novamente os seus deveres, não afetam a manutenção do vínculo de emprego público – repreensão escrita, multa e suspensão – enquanto que as sanções expulsivas têm como efeito afastar do serviço o trabalhador cuja presença inviabilizou a manutenção do vínculo laboral – despedimento disciplinar ou demissão <sup>646</sup>.

O mesmo autor enquadra ainda nas sanções corretivas as sanções morais, pecuniárias e profissionais <sup>647</sup>. Quanto às segundas, não temos dúvidas que nem todas assumem um carácter pecuniário e as que revestem essa natureza são, de facto, sanções conservatórias – sanção de multa e a sanção de suspensão. Quanto às restantes, não concordamos que apenas digam respeito a sanções conservatórias. Sanções profissionais são todas elas porque afetam o trabalhador enquanto parte na relação jurídica de emprego, atingem o trabalhador na sua carreira profissional ou situação funcional <sup>648</sup>, quer seja a manutenção da relação laboral quer seja “o brio” <sup>649</sup> ou a motivação profissional do trabalhador.

---

vir a exercer qualquer cargo de dirigente ou equiparado por um período de três anos (artigo 182.º n.º 5 da LTFP). Ela pode ser aplicada a título principal ou a título acessório (artigo 188.º n.º 1 e n.º 2 da LTFP)

<sup>643</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 482.

<sup>644</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, op. cit., p. 163 e p. 195 e Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario...*, op. cit., p. 372.

<sup>645</sup> Manual de Direito Administrativo, op. cit., p. 529. Mesma classificação é adota por Salvatore Terranova, *Il Rapporto...*, op. cit., p. 224.

<sup>646</sup> “(...) Può dirsi che la censura, la riduzione dello stipendio e la sospensione dala qualifica hanno carattere correttivo, nem senso che si dirigono al senso morale del colpevole, e sono intese a suscitare nel punitivo un diverso comportamento nel futuro”. Salvatore Terranova, *Il Rapporto...*, op. cit., p. 224.

<sup>647</sup> Marcello Cateano, *Manual...*, op. cit., pp. 529-539.

<sup>648</sup> Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario...*, op. cit., p. 372.

<sup>649</sup> Marcello Cateano, *Manual...*, op. cit., p. 530.

As sanções disciplinares visam, pois, assegurar que o comportamento ilícito do trabalhador não se repita e devem afeiçãoar-se consoante a gravidade e natureza da infração disciplinar.

## **2. Determinação da sanção e sua medida**

### **2.1. Critérios de ponderação da escolha e medida da sanção**

A sanção disciplinar está adstrita à qualificação da infração disciplinar, quer isto dizer que, apurada a infração disciplinar obtém-se a sanção - abstratamente aplicável - a que lhe corresponde na respetiva definição normativa. Como refere Ana Fernanda Neves na “tipologia aberta das infrações (...) há um *quid* identificativo de cada infração, que veda a alternativa ou indefinição da subsunção dos factos às normas” <sup>650</sup> e essa subsunção à norma faz-lhe corresponder uma certa sanção. Subsumida a conduta à infração que o trabalhador tenha atuado de forma “negligente” a sanção abstratamente aplicável será a sanção de multa <sup>651</sup> (p. e.). Com base na avaliação feita à conduta infracional manifesta-se uma sanção que surge em correlação com o tipo de infração legalmente determinada.

Todavia, não quer isto dizer que o enquadramento da conduta a um dos tipos abertos de infrações com a sua correspondente sanção venha a aplicar-se aquela abstratamente prevista.

Dizia Marcello Caetano que “(...) depois de qualificar o facto como infração disciplinar e de, em face das circunstâncias pessoais e reais da respetiva comissão, determinar a gravidade dele, pune-o como seu critério entender: a lei limita-se a enunciar padrões de correspondência entre infrações e penas, mas sem estabelecer relação necessária, salvo em casos particulares. Todavia, o superior tem de escolher uma das penas estabelecidas na lei” <sup>652</sup>. Não há dúvidas que é descoberta uma sanção pela inclusão da conduta infratora na espécie de infração, mas o titular do poder disciplinar não tem

---

<sup>650</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 154.

<sup>651</sup> Artigo 185.º da LTFP.

<sup>652</sup> O autor referia-se ao Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis do Estado aprovado pelo DL n.º 32:659 de 9 de fevereiro de 1943, Manual de Direito Administrativo, op. cit., p. 529.



somente de demonstrar que o trabalhador incorreu numa determinada infração e, portanto, punida em abstrato com uma dada sanção <sup>653</sup>, para esta lhe ser aplicada. Com efeito, para a determinação concreta da sanção disciplinar atenta-se à avaliação da conduta infracional e, obrigatoriamente, à ponderação dos “fatores de medida da sanção” <sup>654</sup>. A determinação e escolha da sanção concreta rege-se pelos critérios legalmente enunciados com respeito pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que a sanção tem de ser necessária e adequada de forma a acautelar o fim do poder disciplinar <sup>655</sup>.

O grau de culpa em sede da determinação concreta da sanção reclama uma relação de equilíbrio entre a gravidade imputada à conduta e a “intensidade da reação disciplinar” <sup>656</sup>. A par deste parâmetro são averiguadas as circunstâncias que militem contra ou a favor dele, a natureza das funções exercidas e a sua categoria profissional. No acórdão de 10 de setembro de 2008, o STA <sup>657</sup> na apreciação de direito da decisão impugnada, começa por salientar que “no caso em apreço, o arguido, enquanto diretor de finanças-adjunto, coadjuvava o diretor de finanças e exercia as funções que nele tinham sido delegadas ou subdelegadas por aquele dirigente. Logo, era seu, e irrenunciável, o poder dispositivo na matéria em causa, cumprindo-lhe, em primeira linha, acautelar os interesses patrimoniais do Estado, assegurar o cumprimento da legalidade e salvaguardar prestígio da Administração Fiscal”. Referiu em seguida que, apesar da concordância do Diretor de Finanças na alienação de imóvel trata, neste contexto, de uma “intervenção informal (...) essa sua conduta terá sido de natureza meramente opinativa” e, portanto, “a decisão de alienar o imóvel era sua e, se o dever de zelo no cumprimento da lei impunha que não autorizasse a venda pelo valor proposto pela leiloeira, podia e devia tê-lo feito, assumindo a sua posição discordante”. Deste modo, entendeu o Tribunal que, não se tendo verificado que o arguido atuava em cumprimento do dever de obediência – e “haver ordem emanada pelo legítimo superior hierárquico, o recorrente só se eximiria de responsabilidade disciplinar se, porventura dela tivesse reclamado ou exigido a sua transmissão ou

---

<sup>653</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários...*, op. cit., p. 562.

<sup>654</sup> Recorde-se que o artigo 189.º da LTFP sob a epígrafe “medida das sanções disciplinares” estabelece que “na aplicação das sanções disciplinares atende-se aos critérios gerais enunciados nos artigos 184.º a 188.º, à natureza, à missão e às atribuições do órgão ou serviço, ao cargo ou categoria do trabalhador, às particulares responsabilidades inerentes à modalidade do seu vínculo de emprego público, ao grau de culpa, à sua personalidade e a todas as circunstâncias em que a infração tenha sido cometida que militem contra ou a favor dele”.

<sup>655</sup> Como refere Maria Fernanda Palma sobre a pena criminal “tanto ao nível da decisão de punir como da escolha da pena deverá decidir-se tendo em vista as finalidades da punição”. As alterações..., op. cit., p. 27.

<sup>656</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 516.

<sup>657</sup> Processo n.º 0812/07 disponível in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

confirmação por escrito”<sup>658</sup> - não eximiam o trabalhador do cumprimento dos seus deveres como também não se verificou a circunstância dirimente de não exigibilidade de conduta diversa nem no “cumprimento de um dever”.

Verifica-se, pois, que os critérios de ponderação devem ser devidamente pesados e relacionados, pela importância que assumem na determinação da escolha e medida da sanção.

A personalidade do trabalhador é outro fator de ponderação que é atendido quer enquanto específica circunstância atenuante – “a prestação de mais de 10 anos de serviço com exemplar comportamento e zelo”<sup>659</sup> – ou circunstância agravante – manifestada pela “reincidência”<sup>660</sup> da conduta, quer enquanto critério para determinação da suspensão da sanção<sup>661</sup>.

A suspensão da sanção disciplinar assenta na previsão de que a simples censura do comportamento e a ameaça da sanção disciplinar serão suficientes para prevenir que o trabalhador não volte a cometer futuras infrações ou, melhor dizendo, será suficiente para que o trabalhador volte a cumprir os deveres funcionais a que está vinculado. O recurso a esta figura envolve a discrecionariedade administrativa do órgão decisor<sup>662</sup> da qual é

---

<sup>658</sup> Note-se que na altura do acórdão proferido ainda se encontrava em vigor o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo DL n.º 24/86, de 16 de janeiro, que estabelecia no seu artigo 10.º, sob a epígrafe “exclusão da responsabilidade disciplinar”, n.º 1 “É excluída a responsabilidade disciplinar do funcionário ou agente que atue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito” e no n.º 2 “Considerando ilegal a ordem recebida, o funcionário ou agente fará expressamente menção deste facto ao reclamar ou ao pedir a sua transmissão ou confirmação por escrito”.

Hoje, ao abrigo da LTFP, poderia colocar-se – sem detrimento de saber se a delegação de poderes afastou, ou não, a hierarquia administrativa - se não estaria abrangido o comportamento do diretor de finanças-adjunto no “acatamento bem-intencionado de ordem ou instrução de superior hierárquico, nos casos em que não fosse devida obediência”, consubstanciando numa circunstância atenuante da responsabilidade disciplinar ao abrigo do artigo 190.º n.º 2 al. e) da LTFP.

<sup>659</sup> Artigo 190.º n.º 2 al. a) da LTFP.

<sup>660</sup> Artigo 191.º n.º 1 al. f) e n.º 3 da LTFP.

<sup>661</sup> Artigo 192.º n.º 1 da LTFP.

<sup>662</sup> “A suspensão da pena disciplinar envolve o exercício do poder discricionário”. Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, op. cit., p. 117. No mesmo sentido, Raquel Carvalho “a possibilidade de suspensão da execução da pena está formalizada de modo discricionário, permitindo ao órgão competente avaliar da sua necessidade, estabelecendo depois a lei limites de duração de suspensão”. *Comentários...*, op. cit., p. 100. Também o STA de 29 de março de 2007, Processo n.º 412/05 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta), pronunciou pela discrecionariedade do exercício da suspensão. Pode ler-se no seu sumário que “o uso ou não dos poderes de atenuação especial ou de suspensão de execução da pena insere-se no exercício de poderes discricionários, contenciosamente insindicação para além do erro grosseiro, desvio de poderes ou violação dos princípios constitucionais ligados aos exercícios da atividade administrativa”. A jurisprudência mais recente continua a manter este entendimento, vide, entre outros, Acórdão do STA de 12 de março de 2015, Processo n.º 0245/14 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

atribuída por norma permissiva <sup>663</sup>. Deste modo, o órgão decisor, pode “lançar mão” da suspensão da sanção sempre que, avaliando a conduta global do trabalhador, ou seja, o comportamento anterior e posterior à prática dos factos, a sua personalidade, as condições da sua vida e as circunstâncias que rodearam a infração, entenda que a sua aplicação melhor prossegue o fim do poder disciplinar do que a aplicação concreta da sanção. Os critérios de aferição da suspensão aludem, portanto, a um juízo de prognose sobre a conduta futura do trabalhador <sup>664</sup> que, concluindo o órgão decisor que a não execução da sanção surge tão ou mais eficaz do que a sua aplicação, será fundamento justificativo para a sua aplicação – o órgão decisor convence-se com “elevado grau de probabilidade” que o trabalhador que cometeu a infração disciplinar verá a sua condenação suspensa como uma “séria advertência” <sup>665</sup> que, será por si suficiente, de modo a que não ocorra novamente.

Portanto, a suspensão da execução da sanção terá de garantir as exigências do fim da prevenção especial, em termos tais que incite o trabalhador a que no futuro adote um comportamento lícito e, portanto, que não volte a infringir os seus deveres laborais <sup>666</sup>.

A decisão de suspensão ou não da sanção só pode incidir quando esteja em causa sanção de repreensão escrita, multa ou suspensão; excluídas do seu âmbito de aplicação ficam, portanto, a sanção de despedimento disciplinar ou de demissão <sup>667</sup>. O propósito de assim o ser tem a ver com os efeitos materiais de cada sanção - criar-se-ia uma situação paradoxal se fosse de admitir a aplicação da suspensão nas sanções cujo o efeito é fazer cessar o vínculo. Com efeito, só em face da sanção concretamente aplicável é que se pode aferir se é legalmente possível aplicável ou não a suspensão <sup>668</sup>.

---

<sup>663</sup> O artigo 192.º da LTFP dispõe que “as sanções disciplinares previstas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 180.º podem ser suspensas quando, atendendo à personalidade do trabalhador, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior à infração e às circunstâncias desta se conclua que a simples censura do comportamento e a ameaça da sanção disciplinar realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Tem-se que p1: *a simples censura do comportamento* e p2: *a ameaça da sanção disciplinar realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, podem* (operador deôntico permissivo) e1: *ser suspensas as sanções disciplinares previstas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 180.º*.

<sup>664</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 541.

<sup>665</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Comentários..., op. cit., p. 571.

<sup>666</sup> “A suspensão de execução de pena disciplinar não constitui ela própria uma pena, mas antes medida disciplinar de conteúdo pedagógico e reeducativo, pelo que só deve ser aplicada quando se concluir, face ao grau de culpabilidade e comportamento do arguido, e às circunstâncias da infração, que essa medida bastará para afastá-lo de novas infrações”. Acórdão do TCAN de 22 de junho de 2011, Processo n.º 01119/07.2BEPRT in [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

<sup>667</sup> Artigo 192.º n.º 1 da LTFP.

<sup>668</sup> Ana Fernanda Neves, O Direito Disciplinar..., Volume II, op. cit., p. 543.

Ressalva-se que a suspensão de execução da sanção não constitui um tipo autónomo de sanção e, como tal, não deve ser confundida com esta. Não se averigua a suspensão da execução pela ponderação dos “fatores de medida de sanção”, mas antes pressupõe que esteja pré-estabelecida a sanção concreta – após a ponderação daqueles fatores - constituindo esta, enquanto unidade punitiva, critério de aferição na decisão suspensiva da sua execução. Os critérios de ponderação dizem, portanto, apenas respeito à fixação e medida das sanções pelo que se exige uma valoração com cautela, já que elas podem restringir ou negar direitos fundamentais do trabalhador.

Poderá aduzir-se que, estando previsto na epígrafe do preceito “medida das sanções disciplinares” <sup>669</sup>, apenas estaria em causa a determinação do *quantum* das mesmas, ou seja, prevendo-se abstratamente a sanção disciplinar o titular do poder disciplinar apenas determinaria e estabeleceria o seu conteúdo <sup>670</sup>. Contudo, cremos que não tenha sido essa intenção do legislador. É o próprio que prevê que, a existir circunstâncias dirimentes e atenuantes da responsabilidade disciplinar “que diminuam substancialmente a culpa do trabalhador, a sanção disciplinar pode ser atenuada, aplicando-se sanção disciplinar inferior” <sup>671</sup>. Elas intervêm na determinação concreta da sanção, mas permitem que as atenuantes justifiquem a aplicação de sanção inferior no âmbito da discrecionariedade – atribuída por norma permissiva - quando à escolha da sanção e constituem limite dessa discrecionariedade, pois não permitem às agravantes que possa ser infligida ao trabalhador sanção mais grave <sup>672</sup>. Reverte-se, portanto, no princípio da proporcionalidade, obrigando a que a sanção a aplicar em concreto afeioe-se à natureza e gravidade das infrações <sup>673</sup>.

---

<sup>669</sup> Assim se lê no artigo 189.º da LTFP. O anterior Estatuto Disciplinar – ED 2008 – previa na sua epígrafe “escolha e medida das penas”, o que não levantava dúvidas quanto ao poder de escolher a sanção aplicável.

<sup>670</sup> Estando abstratamente prevista a sanção de suspensão, o órgão decisor determinaria, p. e., o tempo dessa suspensão.

<sup>671</sup> Artigo 190.º n.º 3 da LTFP.

<sup>672</sup> O artigo 191.º sobre as circunstâncias agravantes especiais da responsabilidade disciplinar, nada diz quando à aplicação de sanção superior, pelo que entendemos que tais circunstâncias surgiram, também, como critérios determinantes no *quantum* na decisão de não suspensão da sanção disciplinar.

<sup>673</sup> Como foi proferido no Acórdão do STA de 3 de novembro de 2016, Processo n.º 0548/16 in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta). “Este princípio releva autonomamente quando a lei confere à Administração uma margem de autonomia decisória, constituindo um limite material internos no poder discrecionário (...) implica a necessidade de adequação das medidas administrativas aos objetivos a serem prosseguidos, por um lado, e a necessidade de equilíbrio entre os interesses públicos e privados, não podendo ser infligidos sacrifícios desnecessários aos destinatários das decisões administrativas por outro. Este princípio, no âmbito do processo disciplinar, diz respeito à adequação da pena imposta à gravidade dos factos reputados como ilícitos, constituindo, por isso, um limite interno ao poder discrecionário da Administração na fixação da medida concreta da pena disciplinar”.

Deste modo, o juízo da discrecionariedade na escolha da sanção, envolve a apreciação e ponderação global de todos os critérios de medida da sanção no caso concreto, o que não deixa de ser judicialmente controlada quando padeça de algum vício de legalidade ou manifestamente desproporcionada <sup>674</sup>.

## 2.2. Admissibilidade de acordos endoprocedimentais na fixação da sanção

Aos órgãos da administração é legalmente conferida a possibilidade de acordarem com o particular a decisão que põe termo ao procedimento, através da celebração de acordo endoprocedimental <sup>675/676</sup>. Trata-se de acordos onde é reconhecido ao particular

---

Também o Acórdão do STA de 5 de abril de 2015, Processo n.º 69591 *in* [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta) é proferido que “(...) só no caso concreto é que se pode fixar qual o alcance invalidante da exigência constitucionale legal da proporcionalidade, ou seja, se a pena aplicada é adequada à gravidade dos factos apurados, de modo que a pena seja idónea aos fins a atingir, e a menos gravosa para o arguido, em decorrência ou emanação também do princípio da intervenção mínima ligado ao princípio do ‘favor libertatis’. Isto é, aferir se aquela medida que foi aplicada é uma daquelas que se devem aceitar como possíveis dentro do que é adequado ao caso concreto”.

<sup>674</sup> Sobre o controlo dos tribunais na fixação e medida da sanção *vide*, entre outros, em jurisprudência uniformizada o acórdão do STA de 3 de novembro de 2004, Processo n.º 0329/04 *in* [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta). “os tribunais não podem substituir-se à Administração na fixação concreta da pena, pelo que a graduação da pena disciplinar, não sendo posta em causa a qualificação jurídico-disciplinar das infrações, não é contenciosamente sindicável, salvo erro grosseiro ou manifesto, ou seja, se a medida da pena for ostensivamente desproporcionada, uma vez que tal atividade se insere na chamada atividade discricionária da Administração”. Também o Tribunal de Justiça da União Europeia sufraga também este entendimento, “a discrecionariedade reconhecida à autoridade administrativa em matéria disciplinar é muito ampla e o controlo da legalidade exercido pelo Tribunal é restringido na mesma medida. Esclarecedores neste sentido são os já por diversas vezes citados acórdãos (de 4 de fevereiro de 1970, Van Eick, n. os 23 a 26; de 30 de maio de 1973, De Greef, n. os 45 a 47; e de 29 de janeiro de 1985, F., n.º 34), (...) o Tribunal não «pode substituir a sua própria qualificação à da referida autoridade, salvo em caso de erro manifesto ou de desvio de poder». Acórdão de 10 de janeiro de 1998, Processo n.º C-175/86 *in* <http://curia.europa.eu>.

<sup>675</sup> Estando previstos no artigo 57.º do CPA – decorrem da conformação do n.º 5 do artigo 267.º da CRP - os acordos endoprocedimentais podem ser utilizados não só para determinar o conteúdo do ato final (n.º 3) – acordos endoprocedimentais de “conteúdo substantivo” - mas também para acordar os termos do procedimento (n.º 1) – acordos endoprocedimentais de “conteúdo estritamente procedimental”. Joana de Sousa Loureiro, Os Acordos Endoprocedimentais no Novo CPA *in* Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Coordenação Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 263.

<sup>676</sup> Até à reforma do CPA, pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, os acordos endoprocedimentais não tinham consagração legal no código. Todavia, nem por isso era um fenómeno desconhecido na prática do dia-a-dia da Administração, estando enquadrados, quer nas atuações informais da Administração enquanto “não regulação jurídica” - sobre isto, *vide*, entre outros, Carla Amado Gomes e Sandra Lopes Luís, O Dom da Ubiquidade Administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal *in* O Direito, Ano 144.º, III, 2012, pp. 535-569 e Pedro Lomba, Problemas da Atividade Administrativa Informal *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, 2000, p. 822 - quer nos mais diversos domínios que compõem o direito administrativo - p. e., em matéria urbanística, onde o artigo 25.º do DL n.º 555/99, de 16 de dezembro, que aprovou o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE)

interessado a sua participação no procedimento na medida em que a sua colaboração na formação da decisão final irá influenciar determinantemente o sentido da mesma. São acordos que, todavia, apenas são admitidos no âmbito da discricionariedade administrativa. Veja-se que o preceito refere que “durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento” <sup>677</sup>. Deste modo, são verdadeiros contratos <sup>678</sup>, no sentido que decorre de atuações bilaterais onde existe um consenso entre a Administração e os interessados e, são contratos prévios à decisão discricionária, enquanto definem os aspetos nucleares do seu conteúdo. Ressalva-se que não se está perante acordos substitutivos do ato unilateral <sup>679</sup> porque o que se faculta à Administração não é o poder de abdicar da unilateralidade da decisão, mas “(...) apenas uma abdicação do exercício unilateral da discricionariedade” <sup>680</sup>. Tudo se passa, e apenas é admissível, no plano da margem de livre decisão administrativa.

Neste sentido, pode-se dizer que além da discricionariedade administrativa quanto ao conteúdo do ato, a lei concede à Administração uma “discricionariedade de meios” <sup>681</sup> que permite o melhor desenvolvimento da ação administrativa no caso concreto. A determinação, total ou parcial, do conteúdo discricionário do ato que vier a por fim ao procedimento, pela celebração de acordo, atribui-lhe um carácter vinculativo <sup>682</sup> em duas

---

prevê no n.º 1 e n.º 3, que “quando exista projeto de decisão de indeferimento com os fundamentos referidos na alínea b) do n.º 2 e no n.º 5 do artigo anterior, pode haver deferimento do pedido desde que o requerente, na audiência prévia, se comprometa a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução, bem como os encargos de funcionamento das infraestruturas por um período mínimo de 10 anos” através da celebração de um “contrato relativo ao cumprimento das obrigações assumidas” (sublinhado nosso). Poderia, assim, haver deferimento do pedido se o particular se compromettesse, através de contrato, a realizar os trabalhos necessários ou os encargos inerentes à sua execução tendo como contrapartida a emissão de uma norma ou a prática de um ato administrativo.

<sup>677</sup> (sublinhado nosso) Artigo 57.º n.º 3 do CPA.

<sup>678</sup> Joana de Sousa Loureiro, *Os Acordos...*, op. cit., p. 253.

<sup>679</sup> Mark Bobela-Mota Kirkby, *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos: O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 282.

<sup>680</sup> Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 842. Trata de uma diferença de função a desempenhar no procedimento: no caso dos acordos endoprocedimentais, prepara-se a decisão, no caso dos contratos substitutivos de atos, como o próprio nome indica, o negócio toma o lugar da decisão unilateral

<sup>681</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 525.

<sup>682</sup> A respeito da vinculatividade dos acordos endoprocedimentais, o n.º 2 do preceito refere que “os acordos referidos no número anterior [acordos sobre os tramites do procedimento] têm efeito vinculativo (...)”. Apesar da natureza vinculativa estar direcionada para os acordos sobre os tramites do procedimento, julgamos que o mesmo é de aplicar aos acordos sobre o conteúdo discricionário. Não faria sentido que o legislador, tivesse a prever a vinculatividade para os primeiros, deixando os segundos sem carácter de “compromisso obrigatório”. O mesmo raciocínio é de aplicar para a forma escrita que, também

vertentes: a primeira, relativamente à entidade que se compromete a emitir um ato com o acatamento do estipulado no contrato; a segunda, referente à posição do interessado que fica numa situação de não confrontar posteriormente o ato emitido ao abrigo daquele acordo. Há, pois, uma clara dependência entre o acordo endoprocedimental e o ato administrativo final. O órgão administrativo fica obrigado a emanar decisão correspondente ao conteúdo do acordo <sup>683</sup> que, não o fazendo, pode o particular lançar mão das garantias judiciais respetivas <sup>684</sup>.

Num primeiro momento, seríamos levados a entender que os acordos endoprocedimentais surgem incompatíveis com o poder sancionatório da Administração. De acordo com Mark Bobela-Mota Kirkby, a natureza da relação-jurídica no âmbito do procedimento disciplinar por intermédio de contrato é incompatível porque “o próprio objetivo do procedimento resulta desvirtuado se a vontade do particular for levada em conta pelo o órgão decisor” <sup>685</sup>. Contudo, não cremos que tal seja assim e, portanto, não é de excluir a possibilidade de celebrar tais acordos no exercício do poder disciplinar.

Apesar da LTFP não consagrar os acordos endoprocedimentais no âmbito do procedimento disciplinar, e sem detrimento de já termos referido que o CPA se aplica subsidiariamente aos casos omissos daquela <sup>686</sup>, a discrecionariedade administrativa surge, exatamente, porque o legislador não consegue prever a totalidade das realidades possíveis. A habilitação que a lei concede de poderes discrecionários tem como finalidade a busca pela justiça de caso concreto e, tal justiça, achamos, deve assegurar a oportunidade de um possível “entendimento” entre partes. Busca-se, assim, o sentido de justiça pela influência que as teorias restaurativas em matéria criminal podem aqui desempenhar. Sobre a justiça restaurativa em matéria penal Cláudia Cruz Santos realça que “a realização da justiça suporá, nessa medida, uma reintegração dos valores, mas também uma reintegração da paz individual (...) a ideia forte que nesta reflexão sobre o

---

ele, apesar de estar regulado para os acordos que tenham por objeto os termos do procedimento (n.º 1), o mesmo é de entender que será aplicado aos acordos de conteúdo substantivo.

<sup>683</sup> Paulo Otero, *Legalidade...*, op. cit., p. 843.

<sup>684</sup> Sobre este ponto, Joana de Sousa Loureiro, entende que a ação administrativa de condenação à prática de ato devido é a solução que melhor se harmoniza com a natureza e a finalidade dos acordos endoprocedimentais. Cfr. *Os Acordos...*, op. cit., p. 268.

<sup>685</sup> *Contratos...*, op. cit., p. 370. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e João Pacheco de Amorim entendem que os acordos endoprocedimentais não são de admitir quando “da própria natureza da relação jurídica resultar o contrário. (...) Atos ou efeitos insuscetíveis, por natureza, de contrato administrativo são, por exemplo, os disciplinares e os de polícia”. *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 818.

<sup>686</sup> De acordo com o artigo 2.º n.º 5 do CPA. Este assunto foi abordado no Capítulo II, ponto 6.

possível contributo da proposta restaurativa para a realização da justiça se pretende enfatizar poderia ser resumida por apelo à ideia de Jürgen Habermas de que ‘a justiça é impensável sem a existência de pelo menos um elemento de reconciliação’”<sup>687</sup>. Nesta linha, a “ação comunicacional”<sup>688</sup> assume importância fulcral na reconciliação entre as partes que é condição nuclear para o objetivo da pacificação e, portanto, para a justiça restaurativa. A justiça restaurativa, mais do que uma reconciliação com as normas, é também uma reconciliação entre os intervenientes no conflito em questão. Apesar destas teorias restaurativas estarem vocacionadas apenas para a consideração de questões criminais e já não laborais<sup>689</sup>, urge retirar o núcleo essencial daquelas, enquanto parâmetro justificativo da aplicação dos acordos endoprocedimentais no procedimento disciplinar. O acordo endoprocedimental no procedimento disciplinar produzirá, inevitavelmente, um efeito material de conciliação sem que, no entanto, se retire o efeito repressivo que aquele representa. A procura de um meio que estimule o trabalhador, não só à não reincidência da conduta infratora, como a respeitar de forma reiterada os deveres a que está adstrito coaduna-se com o fim da prevenção especial positiva, não pondo em causa o caráter reprovador em torno de todo o processo disciplinar.

No direito criminal, Jorge de Figueiredo Dias já expos no sentido de que “(...) deve dar-se passos decisivos na incrementação, em toda a medida possível, de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito entre os sujeitos processuais”<sup>690</sup>. Os “acordos sobre a sentença”<sup>691</sup>, que reporta o autor, têm consagração legal na Alemanha que, segundo aquele “está pois posto de forma correta o problema, tal como entendo, de consensualização possível e necessária do processo penal”<sup>692</sup>. Em passagem mais à frente, o autor considera que o acordo sobre a sanção é o “maior valor” que os acordos

---

<sup>687</sup> A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê, para quê e como?, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 292.

<sup>688</sup> *Idem*, p. 229.

<sup>689</sup> É a própria Cláudia Cruz Santos, que nega a justiça restaurativa em resposta aos conflitos laborais. *Ibidem*, p. 305.

<sup>690</sup> Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?, Ordem dos Advogados Portugueses, Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 16. Destaca o autor que a “consensualização” de que alguns falam já existe no processo penal português, “não se baseia em estruturas e procedimentos de verdadeiro «consenso», mas mais simplesmente de meras concordâncias perante (ou na aceitação de) propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos processuais dirigidos a outro ou a outros”, como é o caso, p. e., do artigo 280.º n.º 1 do CPP que prevê que “se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa”.

<sup>691</sup> Trata-se de um acordo que tem em vista a renúncia de aplicação de pena superior, com a contrapartida da confissão do arguido, e a anuência do juiz.

<sup>692</sup> *Idem*, p. 24.



sobre a sentença se podem traduzir, “(...) é precisamente em vista de uma limitação da normal discrecionariedade (vinculada aos limites e procedimentos legais) de fixação da pena pelo julgador que o valor e o interesse jurídico-constitucional e legal do acordo assumirão, na prática, o seu mais relevante significado” <sup>693</sup>.

Ora, “precisamente quando a autoridade administrativa detém de um poder de conformação autónoma das situações concretas”, como se reverte no caso da escolha e medida da sanção, é “que surgem espaços abertos à negociação com o particular” <sup>694</sup>. E esta negociação, no exercício do poder disciplinar, não põe em causa o próprio procedimento porque, com o acordo, não se pretende substituir ou afastar a aplicação do ato punitivo, “não se trata de em alternativa a essa decisão celebrar um acordo sobre se punir e como punir, mas de condicionar, por acordo, o seu conteúdo, na parte em que o empregador dispõe de espaço de apreciação e decisão” <sup>695</sup>, com efeito, o procedimento não deixa de ser negativo para o trabalhador.

A figura dos acordos endoprocedimentais já é admitida no ordenamento jurídico italiano em sede de procedimento disciplinar. Por um lado, o empregador público e o trabalhador podem acordar, perante sanção disciplinar aplicável, a sua redução, não sendo ela suscetível de posterior impugnação <sup>696</sup>; por outro, admite-se também a possibilidade de acordo em alternativa à instauração – “no momento genético, ao manifestar-se o ilícito, existe uma primeira decisão discrecionária sobre a oportunidade de promover a ação; nesta fase encontra-se um amplo espaço de jurisdição «contratada», com aplicação sem processo de censura, do «acordo processual» do trabalhador” <sup>697</sup>. Estes acordos permitem que, face aos argumentos do trabalhador e na avaliação dos factos, o empregador público opte pela mera censura, comprometendo-se o trabalhador a ajustar o seu comportamento de modo a que volte a cumprir os deveres laborais a que está vinculado.

---

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. 51. O autor, de seguida, considera que não é admissível acordos sobre a medida concreta da pena, porque é ao Tribunal que compete ponderar as circunstâncias do caso que relevam para a culpa e a prevenção e, em função delas, encontrar o exato *quantum* de pena. Contudo, para o procedimento disciplinar a questão não se coloca em causa porque, se ali está em causa um acordo entre o arguido e a defesa, no procedimento disciplinar está em causa um acordo entre o órgão decisor que tem competência para ponderar o *quantum* da sanção e o trabalhador.

<sup>694</sup> Mark Bobela-Mota Kirkby, *Contratos...*, op. cit., pp. 313-314.

<sup>695</sup> Ana Fernanda Neves, *O Direito Disciplinar...*, Volume II, op. cit., p. 530.

<sup>696</sup> O n.º 6 do artigo 55.º do Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n.º 165 – “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” determina que “Con il consenso del dipendente la sanzione applicabile può essere ridotta, ma in tal caso non è più suscettibile di impugnazione”.

<sup>697</sup> Ivone Cacciavillani, *Il Diritto...*, op. cit., p. 98.

Convocar o trabalhador para “participar” na determinação do conteúdo da sanção disciplinar tenderá à fixação de uma sanção mais justa e harmoniosa por nela ter havido um encontro de vontades que não estando, neste plano, em plena posição de paridade, não obsta a que se procure a melhor concretização do fim do poder disciplinar.

Também em sede disciplinar o acordo endoprocedimental é enxertado no procedimento com caráter prévio àquele, “num processo de autovinculação contratualizada da decisão administrativa” <sup>698</sup>, não se fazendo substituir a esta. As partes, em comum acordo, dão conteúdo ao espaço que a norma confere discrecionariedade, não podendo em momento algum abandonar os critérios gerais da medida da sanção – além da qualificação da conduta infracional sob os critérios que recortam a tipologia das infrações, o grau de culpa, a missão e atribuições do órgão ou serviço, a natureza das funções exercidas, a personalidade do trabalhador e as circunstâncias agravantes e dirimentes da responsabilidade disciplinar <sup>699</sup>. Deste modo, o acordo que fixe a sanção há-de ser um tal que permita que a sanção que venha a ter lugar deva considerar-se como jurídica e substancialmente a mais correta em atenção a todas as circunstâncias relevantes. Não se pode afastar sem mais a admissibilidade de tais acordos, tanto mais que a possibilidade de o órgão decisor fixar uma sanção inferior àquela que seria aplicável é admitida por lei em face de circunstâncias atenuantes <sup>700</sup>. O ajustamento com o empregador da sanção implica, necessariamente, que o trabalhador consciencialize e tome conhecimento que para a sua conduta inadequada uma determina sanção lhe caberia <sup>701</sup> mas que, através do acordo, uma outra de escalão inferior será aplicada. Desta forma, permite-se que a eficácia da sanção acordada seja tão ou mais eficaz do que aquela que teria lugar sem o acordo endoprocedimental.

Contudo, encontram-se limites à sua celebração no âmbito da decisão disciplinar:

- i) Naturalmente que, tais acordos, são restritos às sanções conservatórias pela mesma ordem de razão que só aquelas são admissíveis em sede de suspensão da execução da sanção <sup>702</sup>. Deste modo, ficam excluídas de

---

<sup>698</sup> Paulo Otero, *Legalidade...*, op. cit., pp. 842-843.

<sup>699</sup> Artigo 189.º da LTFP.

<sup>700</sup> Artigo 190.º n.º 3 da LTFP.

<sup>701</sup> Na celebração dos acordos sobre a sentença, Jorge de Figueiredo Dias entende que um dos pressupostos para a sua validade é a confissão pelo arguido dos factos contidos na acusação. *Acordos...*, op. cit., p. 44. *Mutatis mutandis*, pretende-se que o trabalhador assumia a sua conduta infracional e que tome consciência que ela se repercutiu numa sanção disciplinar.

<sup>702</sup> Artigo 192.º da LTFP.

acordos as sanções que inviabilizam a manutenção do vínculo de emprego público – despedimento disciplinar, demissão e a cessação da comissão de serviço.

- ii) Apenas podem ser admitidos se os seus termos forem compreendidos no âmbito da discricionariedade, ficando excluída a hipótese de negociação de aspetos vinculados. Não é admitida a negociação de aplicação de um outro tipo de sanção que esteja fora daquele elencado da LTFP <sup>703</sup>.
- iii) O conteúdo do acordo nunca pode versar sobre a possibilidade de sancionar ou não a conduta, mas apenas quanto ao conteúdo sancionatório.
- iv) O órgão competente para celebrar o acordo quanto ao conteúdo do ato discricionário é o órgão competente para aplicar a sanção abstratamente aplicável.
- v) Ao trabalhador, não pode ser aplicada sanção disciplinar mais gravosa do que aquela que ficaria sem a celebração do acordo.
- vi) Impossibilidade do trabalhador em impugnar o conteúdo compactuado, bem como, a inadmissibilidade de a administração condenar o trabalhador em outros termos que não aqueles acordados.
- vii) O acordo deve ser celebrado de forma escrita e documentado no processo disciplinar.
- viii) O acordo, enquanto tem em vista a determinação do conteúdo da decisão discricionária, deve reger-se pelo princípio da proporcionalidade e da imparcialidade, não podendo ser contrária aos interesses públicos a cargo do empregador <sup>704</sup>.

Por tudo o exposto, cremos que nada obsta à celebração acordos endoprocedimentais no exercício do poder disciplinar - apesar de que uma consagração legalmente expressa na LTFP seria promissor. Uma decisão sancionatória, encontrada sob o escopo da conciliação entre empregador público e o trabalhador será sempre a melhor decisão possível para aquele caso, na medida em que, ao atender-se ao desígnio das partes, encontrar-se-á a melhor solução conducente ao fim do poder disciplinar. E tais acordos são admissíveis, porquanto dizem respeito ao conteúdo do ato discricionário que põe termo ao procedimento disciplinar e não quanto à possível punição. O caráter

---

<sup>703</sup> Artigo 180.º n.º 1 e n.º 2 da LTFP.

<sup>704</sup> Artigo 266.º n.º 1 e n.º 2 e artigo 269.º n.º 1 da CRP.

reprovador não se perde, mas o caminho a seguir é por um de menos “conflito” e uma maior reconciliação.

## CONCLUSÕES

- I. A discricionariedade não se presume e não reside na ausência ou existe à margem da lei. É a própria lei que a confere e configura e, portanto, a sua admissibilidade resultará da vontade do legislador. Ao conferir um espaço de autonomia de decisão à Administração, o legislador confere-lhe um poder criativo de direito, um poder de escolha da solução justa e oportuna, entre opções juridicamente admissíveis, tendo em vista a que melhor se adequa à prossecução do interesse público. A discricionariedade administrativa é, pois, uma prerrogativa da Administração Pública, um instrumento que permite a procura da melhor solução no caso concreto.
- II. A discricionariedade diz respeito à escolha de efeitos jurídicos e, como tal, a sua fonte normativa reside na estatuição. Mas já no plano do exercício da discricionariedade, no exercício que leva o aplicador a realizar a ponderação da escolha de alternativas de ação, implica uma tarefa de complementação da previsão da norma. É em razão das diversas configurações retiradas do descrito na previsão que se conformam as escolhas e, deste modo, a discricionariedade explica-se pela previsão.
- III. Só faz sentido falar em modalidades de discricionariedade – optativa, criativa e de decisão – se primeiramente se proceder à classificação da norma atributiva da discricionariedade. É que, quer a discricionariedade criativa quer a discricionariedade optativa, podem residir em normas proibitivas, impositivas e permissivas, pelo que a compreensão estrutural da norma é prévia a qualquer classificação de tipos de discricionariedade.
- IV. A discricionariedade da Administração reside em todos os ramos do Direito Administrativo e no domínio do direito disciplinar da relação jurídica de emprego público a discricionariedade ganha um papel permanente, ela acompanha todo o itinerário do exercício do poder disciplinar.
- V. O empregador público é titular do poder disciplinar em face de um concreto trabalhador por força da constituição da respetiva relação jurídica de emprego público. Da relação jurídica de emprego emerge a necessidade de o trabalhador

observar a disciplina, delimitada pelos deveres e obrigações assumidos por ele. O poder disciplinar surge como garantia do cumprimento da prestação laboral por parte do trabalhador, ele funde-se na própria relação jurídica de emprego.

VI. A característica preventiva do poder disciplinar visa motivar o trabalhador quer, para a não reincidência da conduta infratora, quer para adoção de um comportamento no cumprimento dos deveres aos quais se vinculou.

VII. O poder disciplinar existe enquanto durar o vínculo de emprego público. Independentemente da modalidade do vínculo laboral, o momento da sua constituição marca o início da sujeição do trabalhador às exigências disciplinares do serviço e, consequentemente, o início do poder disciplinar que permanecerá até à cessação da relação jurídica. Deste modo, e com a entrada em vigor da LTFP, o empregador público deixou de poder perseguir as infrações cometidas pelo trabalhador sobre factos praticados na pendência da relação jurídica de emprego, após a cessação da relação jurídica de emprego.

VIII. A formalização procedimental no direito disciplinar encontra a sua génese no artigo 269.º n.º 3 da CRP, enquanto conformação do direito do trabalhador a não ser punido sem procedimento prévio de forma a garantir a audiência e defesa do trabalhador. Ainda que a aplicação de repreensão escrita consagre uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do procedimento, tem de existir um encadeamento necessário de certas formalidades tendentes a produzir a decisão sobre a aplicação da sanção. Não afasta a necessidade de ser assegurado a audiência e defesa do trabalhador.

IX. A decisão relativa à abertura do procedimento encontra-se no domínio da discricionariedade administrativa, permitindo que seja feita uma ponderação sobre a sua pertinência à luz da respetiva eficácia e das finalidades do poder disciplinar. Todavia, na situação que a conduta ilícita possa consubstanciar na inviabilização da manutenção do vínculo, a inconveniência da não procedência seria maior do que as arguidas vantagens associadas à invocação da conveniência ou oportunidade. Neste plano, relevarão as situações que seja previsível a suspensão da sanção disciplinar - pela ponderação da culpabilidade do trabalhador, do seu comportamento e das circunstâncias em que foi praticada a infração - que, no atual quadro normativo, não é admitido para as sanções disciplinares expulsivas.

- 
- X. A decisão sobre a instauração do procedimento disciplinar não está desprovida de critérios legais. A escolha do órgão competente para a instauração está sujeita à apreciação de critérios gerais e aos fatores de ponderação da medida das sanções. A decisão de não instaurar é viável se, ponderado tais critérios, mediante discussão dos factos, o trabalhador assuma o compromisso de correção em eliminar a ofensa e adequar o seu comportamento às exigências a que está legalmente imposto.
- XI. Vincular o empregador a instaurar o procedimento disciplinar, perante indícios da prática de qualquer infração, pode corresponder a uma intervenção excessiva se de outra forma menos onerosa e mais eficiente conseguisse alcançar de maneira mais eficaz o fim do poder disciplinar. Neste sentido, não se pretendeu sair em defesa de uma possível impunidade do trabalhador infrator com a decisão de não instauração do procedimento; mas tão somente, de reconhecer a pertinência de uma solução alternativa à instauração que permita recompor de forma mais rápida e eficiente a conduta do trabalhador sem que para isso seja necessário desencadear um procedimento disciplinar. Justificar-se-ia a inclusão normativa de uma alternativa à respetiva instauração de forma a que, entre outros aspetos, se estabelecesse critérios da sua aplicação.
- XII. O instrutor é o órgão competente para dirigir a instrução de forma imparcial e objetiva. A discricionariedade do instrutor não se basta na competência para providenciar as diligências que considera oportunas para a descoberta da verdade. Nela integra-se o poder de propor a suspensão preventiva do trabalhador bem como decidir sobre a pertinências de quaisquer diligências requeridas pelo trabalhador.
- XIII. O conceito de infração disciplinar não se basta pela violação do dever laboral. Ele não prescinde do facto ou conduta que corporiza a violação dos deveres. A conduta ilícita não tem de assumir carácter instantâneo, ela pode traduzir-se numa longa e série de atos ou omissões que se prolongam no tempo.
- XIV. Na qualificação das infrações disciplinares, existe um *quid* identificativo em cada infração que veda a alternatividade da subsunção dos factos à norma. Há uma “tipicidade modelar”, identitária ou nuclear nas infrações que permite delimitar um critério minimamente concretizador das condutas a elas subsumíveis. A valoração dos correspondentes factos rege-se, assim, por critérios jurídico-vinculativos,

compreende uma ação interpretativa de subsunção dos factos à norma, nunca se inserindo no plano da escolha.

XV. A sanção disciplinar cria uma situação jurídica desfavorável ou gravosa na esfera jurídica do trabalhador pela inobservância dos deveres e obrigações a que está vinculado pela relação jurídica de emprego público. Com efeito, são sanções profissionais porque afeta o trabalhador enquanto parte da relação jurídica de emprego.

XVI. A determinação da sanção, para além da qualificação da conduta do trabalhador à luz dos critérios que concretizam o tipo infracional, atende aos critérios de ponderação da sua “medida” – grau da culpa, função exercidas, personalidade do trabalhador, circunstâncias que rodearam a infração e as circunstâncias atenuantes e agravantes da responsabilidade disciplinar.

XVII. A margem de decisão que dispõe o empregador público na fixação da sanção e sua medida, depõe no sentido da admissibilidade de acordos endoprocedimentais na determinação do conteúdo discricionário da decisão final. O ajustamento com o empregador de uma sanção inferior, no compromisso de corrigir o comportamento objeto de censura, não se afigura incompatível com a natureza do poder disciplinar - com ele não se perde o carácter punitivo que representa para o trabalhador. Convocar o trabalhador para participar na determinação do conteúdo da sanção, com o propósito de se materializar numa “reconciliação” entre as partes, tenderá à fixação de uma solução mais justa e oportuna que é, precisamente, o objetivo final de todo o processo que envolve poderes discricionários.

XVIII. A adoção de meios que permitam, com maior eficiência, corrigir o comportamento do trabalhador infrator é o caminho pelo qual a Administração pode obter de forma tão ou mais eficaz a finalidade do poder disciplinar.



## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Luís Vasconcelos, Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As Relações com o Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1993.

AFONSO, Orlando Martins, Poder Judicial – Independência in Dependência, Almedina, Coimbra, 2004.

ALEXANDRINO, José Melo, Lições de Direito Constitucional, Volume I, 3.<sup>a</sup> edição, AAFDL, Lisboa, 2017.

ALVES, Léo da Silva, Estudos de Direito Disciplinar, Livro Novo, São Paulo, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, Volume II, Almedina, Coimbra, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas, O Poder Sancionatório da Administração Pública *in* Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Volume I, Coordenação Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida, Almedina, Coimbra, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, Volume I, 4.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2015.

ANDRADE, José Vieira, O Ordenamento Jurídico Administrativo Português, Contencioso Administrativo, obra coletiva, Livraria Cruz, Braga, 1986.

ANDRADE, José Vieira, Lições de Direito Administrativo, 5.<sup>a</sup> edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

ANDRADE, José Vieira, Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira, A Tipicidade dos Direitos Reais, Lisboa, 1968.

AYALA, Bernardo Diniz, O (Défice) de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa, Lex, Lisboa, 1995.

BACIGALUPO, Mariano, La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.

BLANCO, Frederico A. Castillo, Funcion Publica y Poder Disciplinario del Estado, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992.

CACCIAVILLANI, Ivone, Il Diritto Disciplinare, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1994.

CAETANO, Marcello, Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1932.

CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, 6.º edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1963.

CAETANO, Marcello, Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, Tomo I, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 1972.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CARVALHO, Américo Taipa, Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CARVALHO, Carlos, O Juiz Administrativo e o Controlo Jurisdicional da Prova Procedimental do Processo Disciplinar *in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 101, setembro/outubro, 2013.

CARVALHO, Raquel, Comentário ao Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

CAUPERS, João, Introdução ao Direito Administrativo, 10ª edição, Âncora, 2009.

CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, Volume I e II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

CORREIA, José Sérulo, *Noções de Direito Administrativo*, Volume I, Editora Danúbio Lda., Lisboa, 1982.

CORREIA, José Sérulo, *Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção de Teses, Almedina, Coimbra, 1987.

CORREIRA, José Sérulo, *O Incumprimento do Dever de Decidir in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

CORREIA, José Sérulo, *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional*, Anotação ao acórdão do STA de 17 de janeiro de 2007, *in* Cadernos de Justiça Administrativa nº 70, julho/agosto.

CORREIA, José Sérulo, *Margem de Livre Decisão, Equidade e Preenchimento de Lacunas: as afinidades e os seus limites*, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I, Almedina, Coimbra, 2012.

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Sumários e Notas das Lições do Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Ordem dos Advogados Portugueses, Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIAS, José Eduardo Figueiredo e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

DUARTE, David, *A Discricionariedade Administrativa e a Competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*, O Provedor de Justiça Novos Estudos, obra coletiva, Lisboa, 2008.

DUARTE, David, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa - A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Volume I e II, Lisboa, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo II, 8 edición, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2002.

ESTORNINHO, Maria João, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - Requiem pelo Contrato Administrativo, 1988.

ESTORNINHO, Maria João, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas - A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública, Coleção de Teses, Almedina, Coimbra, 1996.

FAVEIRO, Vítor, A Infração Disciplinar: Esquema de uma teoria geral, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Separata do «Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos», n.º 32-33 e 34-35, Lisboa, 1962.

FRAGA, Carlos Alberto, O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública, 2ª edição, Petrony Editora, 2013.

GÓMEZ, José Manuel López, La Relación Laboral Especial de Empleo Público – Estudio de su régimen jurídico tras el estatuto básico del empleado público, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

HENRIQUES, Manuel Leal, Procedimento Disciplinar, 2.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 1989.

JALVO, Belén Marina, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos (Fundamentos y regulación substantiva), 3.ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota, Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos: O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

LEITÃO, Luís Menezes, Direito do Trabalho, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

LOUREIRO, Joana de Sousa, Os Acordos Endoprocedimentais no Novo CPA *in* Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Coordenação Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa, 2015.

MARECOS, Diogo Vaz, Prática e Procedimentos do Processo Disciplinar – Do mero instrutor ao advogado-instrutor, 2ª edição, Príncípa Editora, Lisboa, 2011.

MARECOS, Diogo Vaz, O Despedimento Por Justa Causa – Procedimento *in* Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano, Direito do Trabalho, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

MENDES, Paulo de Sousa, Lições de Direito Processual Penal, Almedina, Coimbra, 2013.

MESQUITA, José António, Poder Disciplinar *in* Direito do Trabalho, Boletim do Ministério da Justiça (Suplemento), Lisboa, 1979.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional – Estado e os Sistemas Constitucionais, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco, Direito Constitucional – Sumários Desenvolvidos, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2017.

MOURA, Paulo Veiga, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - A Privatização da Função Pública, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

MOURA, Paulo Veiga e ARRIMAR, Cátia, Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, 1.ª Volume – Artigos 1.º a 240.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

NAVARRO, Luiz Lopes, Funcionários Públicos, 2ª edição. Editora Gráfica Portuguesa, Limitada, Lisboa, 1941.

NEVES, Ana Fernanda, Relação Jurídica de Emprego Público, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

NEVES, Ana Fernanda, Os “Desassossegos” do Regime da Função Pública, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLI – N.º 1, Coimbra Editora, 2000.

NEVES, Ana Fernanda, O Contrato de Trabalho na Administração Pública, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

NEVES, Ana Fernanda, Dissertação de Doutoramento Ciências Jurídicas-Políticas – O Direito Disciplinar da Função Pública, Volume I e II, Lisboa, 2007.

NEVES, Ana Fernanda, O Direito da Função Pública in Tratado de Direito Administrativo Especial, Volume IV, Coordenação Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010.

NEVES, Ana Fernanda, Procedimento Disciplinar no Emprego Público e Contencioso Administrativo, *in* Conferências Comemorativas – 10.º Aniversário do TCAS, Organização José Gomes Correia, Lisboa, 2016.

NEVES, João Castro, O Novo Estatuto Disciplinar (1984) – Algumas Questões *in* Revista do Ministério Público, Ano 6.º, Volume 21, março/85.

NUÑEZ, José Michavila, Relación Especial de Sujeción en el Sector Crediticio y Estado de Derecho, Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 54, Civitas REDA, Madrid, 1987.

OLIVEIRA, Mário Esteves, Direito Administrativo, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984.

OLIVEIRA, Mário Esteves, GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, João Pacheco, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

OLIVEIRA, Alberto Augusto e RMÉDIO, Alberto Esteves, Sobre o Direito Disciplinar da Função Pública *in* Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Volume II, Estudos Variados – Direito Comunitário, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

OTERO, Paulo, Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

PALMA, Maria Fernanda, *As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, AAFDL, 1998.

PEDROSA, A. Guimarães, *Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Parte I, 2.<sup>a</sup> edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra 1908.

PEREIRA, André Gonçalves, *Dissertação de Doutoramento em Ciências Político-Económicas, Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*, Lisboa, 1962.

PINTO, Ana Luísa, *A Celeridade no Processo Penal: O Direito à Decisão em Prazo Razoável*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PIRES, Miguel Lucas, *Os Regimes de Vinculação e a Extinção das Relações Jurídicas dos Trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013.

QUADROS, Fausto, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1974.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Dissertação para a Licenciatura em Ciências Político-Económicas - Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo (1942)*, Estudos de Direito Público, Volume I, Coimbra, 1989.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Dissertação de Doutoramento em Ciência Político-Económica – O Poder Discricionário da Administração (1944)*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1948.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Lições de Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1956.

RAMALHO, Maria Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2014.

RATO, António Fermiano, *Reflexões Sobre o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local – O problema da tipicidade de certas faltas disciplinares: as sujeitas a aplicação de penas graves in Direito Administrativo*, Revista de Atualidade e Crítica, Ano 2, N.º 7, março/abril, 1981

RATO, António Fermiano, Processo Disciplinar *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública, Volume VI, Lisboa, 1994.

SANTOS, Cláudia Cruz, A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê, para quê e como?, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

SILVA, Germano Marques, Curso de Processo Penal I, 4.<sup>a</sup> edição, Editorial Verbo, Lisboa, 2000.

SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, Parte Geral – Introdução e teoria da lei penal, Verbo, Lisboa, 2010.

SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, Parte Geral – Teoria do Crime, II, Verbo, Lisboa, 1998.

SIMI, Valente, Il Potere Discrezionale Come Carattere Essenziale Della Pubblica Amministrazione, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Dott. A. Giuffrè – Editore, Anno X, N. 4, Milano, 1960.

SOARES, Rogério Ehrhardt, Direito Administrativo, Lições Curso de Direito do Porto, UCP- Faculdade de Ciências Humanas, 1980.

SOUSA, Marcelo Rebelo, Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição, Tomo I, Livraria Cruz, Braga, 1979.

SOUSA, Marcelo Rebelo, Lições de Direito Administrativo, Volume I, Lisboa, 1995.

SOUSA, Marcelo Rebelo e MATOS, André Salgado, Direito Administrativo Geral - Introdução e Princípios Fundamentais, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, Dom Quixote, Lisboa, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira, Introdução ao Direito, Almedina, Coimbra, 2016.

TERRANOVA, Salvatore, Il Rapporto di Pubblico Impiego, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991.

TRAYTER, Juan Manuel, Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Publicos, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1992.

VIANA, Cláudia, A Laboralização do Direito da Função Pública, Scientia Iurídica, Tomo LI, N° 292, 2002.



VIANA, Cláudia, O Conceito de Funcionário Público – Tempos de mudança, Scientia Iurídica, tomo LVI, n.º 312, 2007.

## JURISPRUDÊNCIA

### **Tribunal Constitucional** <sup>705</sup>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 24/98 de 22 de janeiro de 1998, Processo n.º 621/97

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 395/2012 de 22 de agosto de 2012, Processo n.º 569/12

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 285/92 de 22 de julho de 1992, Processo n.º 285/92, DR, Série I-A de 17 de agosto de 1992, pp. 3962-3992

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 234/05 de 3 de maio de 2005, Processo n.º 948/04

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013 de 17 de setembro de 2013, Processo n.º 179/2013, DR, Série I de 17 de setembro de 2013, pp. 5864-5890

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 458/93 de 12 de agosto de 1993, Processo n.º 219/1993, DR, Série I-A de 17 de setembro de 1993, pp. 5085-5109

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2012 de 25 de julho de 2012, Processo n.º 387/2012, DR, Série I de 10 de agosto de 2012, pp. 4345-4362

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 119/2010 de 26 de março de 2010, Processo n.º 119/2010, DR, Série I de 14 de abril de 2010, pp. 1255-1285

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 858/2014, de 10 de dezembro de 2014, Processo n.º 360/2014, DR, Série II, de 27 de fevereiro de 2015, pp. 5143-5147

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/04 de 16 de março de 2004, Processo n.º 187/04

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/2003 de 7 de janeiro de 2003, Processo n.º 437/02

---

<sup>705</sup> Na falta de indicação específica, são localizáveis *in* [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2010 de 20 de abril de 2010, Processo 117/2009

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013 de 29 de agosto de 2013, Processo n.º 754/13

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 951/96 de 10 de julho de 1996, Processo n.º 481/94

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/92 de 31 de março de 1992, Processo n.º 22/91

### **Supremo Tribunal Administrativo <sup>706</sup>**

Acórdão do STA de 31 de outubro de 2002, Processo n.º 0272/02

Acórdão do STA de 30 de junho de 2000, Processo n.º 044933

Acórdão do STA de 7 de fevereiro de 2001, Processo n.º 044852

Acórdão do STA de 9 de julho de 2002, Processo n.º 048438

Acórdão do STA de 29 de outubro de 2002, Processo n.º 0271/02

Acórdão do STA de 27 de março de 2003, Processo n.º 0831/02

Acórdão do STA de 30 de junho de 2011, Processo n.º 811/2010

Acórdão do STA de 12 de julho de 2007, Processo n.º 0824/026

Acórdão do STA de 14 de junho de 2005, Processo n.º 0443/05

Acórdão do STA de 13 de fevereiro de 2008, Processo n.º 0426/07

Acórdão do STA de 19 de outubro de 1995, Processo n.º 032609

Acórdão do STA de 8 de março de 2018, Processo n.º 04/17

Acórdão do STA de 8 de novembro de 2012, Processo n.º 0896/12

Acórdão do STA de 14 de abril de 2010, Processo n.º 01048/09

Acórdão do STA de 8 de outubro de 2003, Processo n.º 01662/02

---

<sup>706</sup> Na falta de indicação específica, são localizáveis *in* [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta).

Acórdão do STA de 1 de outubro de 1996, Processo n.º 031378

Acórdão do STA de 3 de julho de 1990, Processo n.º 027215

Acórdão do STA de 8 de outubro de 2003, Processo n.º 01662/02

Acórdão do STA de 23 de novembro de 2015, Processo n.º 01040/04

Acórdão do STA de 10 de julho de 2012, Processo n.º 0803/11

Acórdão do STA de 11 de janeiro de 2011, Processo n.º 01214/09

Acórdão do STA de 7 de novembro de 1996, Processo n.º 035498

Acórdão do STA de 22 de junho de 2010, Processo n.º 01091/08

Acórdão do STA de 29 de março de 2007, Processo n.º 412/05

Acórdão do STA de 3 de novembro de 2016, Processo n.º 0548/16

Acórdão do STA de 5 de abril de 2015, Processo n.º 69591

Acórdão do STA de 10 de setembro de 2008, Processo n.º 0812/07

Acórdão do STA de 3 de novembro de 2004, Processo n.º 0329/04

Acórdão do STA de 12 de março de 2015, Processo n.º 0245/14

### **Tribunal Central Administrativo do Norte <sup>707</sup>**

Acórdão do TCAN de 10 de maio de 2012, Processo n.º 01958/08.7BEPRT

Acórdão do TCAN de 28 de setembro de 2006, Processo 00121/04.0BEPRT

Acórdão do TCAN de 5 de dezembro de 2014, Processo n.º 00185/11.0BECBR

Acórdão do TCAN de 15 de julho de 2014, Processo n.º 00907/05.9BELSB

Acórdão do TCAN de 17 de maio de 2013, Processo n.º 02305/07.0BEPRT

Acórdão do TCAN de 15 de maio de 2014, Processo n.º 02453/08.0BEPRT

Acórdão do TCAN de 22 de junho de 2011, Processo n.º 01119/07.2BEPRT

Acórdão do TCAN de 18 de fevereiro de 2011, Processo n.º 00344/08.3BEPRT

---

<sup>707</sup> Na falta de indicação em contrário, podem ser consultados *in* [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

### **Tribunal Central Administrativo do Sul <sup>708</sup>**

Acórdão do TCAS de 18 de maio de 2017, Processo n.º 13029/16

Acórdão do TCAS de 20 de abril de 2006, Processo n.º 02713/99

Acórdão do TCAS de 10 de maio de 2001, Processo n.º 02352/99

Acórdão do TCAS de 3 de fevereiro de 2005, Processo n.º 05841/01

### **Supremo Tribunal de Justiça <sup>709</sup>**

Acórdão do STJ de 24 de novembro de 2016, Processo n.º 3/16.3YFLSB

Acórdão do STJ de 17 de janeiro de 1985 *in* Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, Ano XXIV, N.º 281

### **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem <sup>710</sup>**

Acórdão de 27 de junho de 1968, caso *Neumeister* c. Áustria, Processo n.º 1936/63.

Acórdão de 28 de junho de 1978, caso *König* c. Alemanha, Processo n.º 6232/73.

### **Tribunal de Justiça da União Europeia <sup>711</sup>**

Acórdão do Tribunal da Função Pública da União Europeia, de 13 de janeiro de 2010, Processos apensos F-124/05 e F-96/06.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de janeiro de 1998, Processo n.º C-175/86

---

<sup>708</sup> Na falta de indicação em contrário, podem ser consultados *in* [www.dgsi.pt/jtca](http://www.dgsi.pt/jtca).

<sup>709</sup> Na falta de indicação em contrário, podem ser consultados *in* [www.dgsi.pt/jstj.nsf](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf).

<sup>710</sup> Na falta de indicação em contrário, podem ser consultados *in* <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>711</sup> Na falta de indicação em contrário, podem ser consultados *in* <https://curia.europa.eu>.

**Outros acórdãos/textos**

Resolução de Conselho de Ministros n.º 95/2003, Diário da República n.º 174/2003, Série I-B de 30 de julho, pp. 4476-4476 *in* [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

Acórdão do Conselho Permanente do Conselho Superior da Magistratura de 9 de novembro de 2004, Revista *Sub judice*, n.º 32, jul-set, Almedina, 2005.

## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS .....	3
RESUMO .....	4
ABSTRACT .....	5
ABREVIATURAS .....	6
INTRODUÇÃO .....	7
§ 1 – Nota prévia .....	7
§ 2 – Delimitação do objeto.....	9
§ 3 – Plano de Estudo .....	11

### CAPÍTULO I - A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1. Considerações preliminares .....	12
2. Síntese da evolução histórica da discricionariedade .....	15
3. Discricionariedade enquanto afirmação do princípio da legalidade .....	17
4. <i>Margem de livre decisão</i> como conceito amplo de discricionariedade .....	21
5. A discricionariedade nas normas impositivas, proibitivas e permissivas .....	28

### CAPÍTULO II - O PODER DISCIPLINAR NA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO

1. A relação jurídica de emprego público: modalidades de constituição do vínculo .....	34
2. Poder disciplinar enquanto instrumento de garantia da relação jurídica de emprego público .....	41
3. O fundamento do poder disciplinar .....	43
4. O fim do poder disciplinar .....	51
5. Início e termo da sujeição ao exercício do poder disciplinar .....	54
6. Procedimento disciplinar: uma garantia do direito de defesa do trabalhador .....	61

### CAPÍTULO III - A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR

§ 1 – Discricionariedade no procedimento disciplinar .....	66
1. A decisão de instauração do procedimento .....	66
2. Na fase de instrução do procedimento .....	80
2.1. As diligências requeridas pelo trabalhador .....	81
2.2. Suspensão preventiva do trabalhador .....	83
3. Na fase de defesa do trabalhador .....	90
4. Na fase da decisão .....	94
§ 2 – Discricionariedade na infração disciplinar .....	98
1. Conceito e elementos da infração .....	98
2. Apuramento da prática de infração disciplinar e sua qualificação .....	107
§ 3 – Discricionariedade na sanção disciplinar .....	117
1. Caracterização e classificação das sanções disciplinares .....	117
2. Determinação da sanção e sua medida .....	119
2.1. Critérios de ponderação da escolha e medida da sanção .....	119
2.2. Admissibilidade de acordos endoprocedimentais na fixação da sanção .....	124
CONCLUSÕES .....	132
BIBLIOGRAFIA .....	136
JURISPRUDÊNCIA .....	145